



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO CONTRATUAL NAS
EMPREITADAS DE BENS IMÓVEIS**

ANA CATARINA SOUSA LOPES

FACULDADE DE DIREITO | ESCOLA DO PORTO

MAIO, 2019

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO CONTRATUAL NAS
EMPREITADAS DE BENS IMÓVEIS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO PRIVADO
ORIENTADA PELO PROFESSOR DOUTOR AGOSTINHO GUEDES

ANA CATARINA SOUSA LOPES

FACULDADE DE DIREITO | ESCOLA DO PORTO

MAIO, 2019

Em memória dos meus queridos avós...

“The biggest risk is not taking any risk...”

Mark Zuckerberg

Agradecimentos:

Aos meus pais, os alicerces da minha vida, obrigada pela força, determinação, coragem e pelo amor incondicional. Sem vocês nada seria possível.

Ao orientador desta dissertação, Professor Dr. Agostinho Guedes, obrigada pelo incentivo, pela disponibilidade, pela partilha de conhecimento e pelo expressivo apoio.

Aos meus irmãos, ao Santiago e ao Miguel obrigada pelo carinho, pelo amor e pela presença diária na minha vida.

Resumo

A distribuição do risco contratual nas empreitadas de bens imóveis foi o tema escolhido para a presente dissertação com o objetivo de alcançar a luz num tema tão encoberto em direito privado. A protelação no tempo, inerente ao contrato de empreitada de bens imóveis, expõe o programa contratual a eventuais riscos/fracassos não imputáveis à conduta ou omissão de nenhuma das partes. A ocorrência de tais fracassos, *in casu*, circunscritos ao risco de maior onerosidade ou dificuldade na execução da obra, ao perecimento ou deterioração da obra, à impossibilidade temporária e à impossibilidade de cumprimento impõem que se faça a respetiva partilha de danos entre os contraentes. Consideramos, se nos é permitido, que a distribuição destes riscos é discutível em alguns aspetos, uma vez que, carece de uma partilha equitativa entre as partes contratuais. Como tal, tendo presente a contribuição para a análise crítica desta matéria, viajamos pelas opções que o nosso Código adota e atendendo à posição de cada parte contratual propomos as devidas soluções.

Palavras-chave: empreitada; risco; dificuldade; onerosidade; impossibilidade.

Abstract

The distribution of the contractual risk in works of immovable property was the chosen theme for the present dissertation, with the aim of discover what is behind of this private law subject. The time postpone inherit to works contracts of immovable property exposes the contractual program to possible risks/failures, non-attributable to the conduct or omission of any of the parties. The occurrence of such failures *in casu* circumscribed to the risk of excessive burden, or difficulty executing the construction, to the perishing or deterioration of the construction, to the temporary impossibility and the impossibility of compliance require the respective sharing of damages between the contracting parties. We considered, if we are allowed, that the damage distribution is, oftentimes, arguable, once it lacks an equitable share between the contracting parties. Consequently, and having in mind the present contribution as a critical analysis of this subject, we will dive into the norms our Code adopts and attending the position of each contracting party, we propose the appropriate solutions.

Key-words: works, risk, difficulty; burden; impossibility.

Índice

Lista de siglas e abreviaturas.....	9
Introdução	10
1. Aspetos gerais	11
1.1. Qualificação do contrato de empreitada.....	11
1.2. Regras de distribuição do risco contratual.....	13
2. Risco de maior dificuldade ou onerosidade na execução da obra.....	16
2.1. Impossibilidade objetiva.....	21
2.2. Perda ou deterioração da obra	26
3. Risco de atrasos na execução da obra.....	30
3.1. Impossibilidade temporária	30
3.2. Caso fortuito ou de força maior.....	32
4. Risco de impossibilidade da execução da obra	35
Conclusões	40
Bibliografia.....	42

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
art.	artigo
arts.	artigos
Aut.	Autor
Auts.	Autores
CC	Código Civil
CCEs	Código Civil Espanhol
CCFr	Código Civil Francês
CCIt	Código Civil Italiano
cfr.	conferir
disp.	disponível em
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
ed.	edição
ex.	exemplo
n.º	número
n.	nota
ob. cit.	obra citada
p.	página
pp.	páginas
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
<i>s.l.</i>	<i>sine loco</i>
<i>s.n.</i>	<i>sine nomine</i>
ss.	seguintes
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
vol.	volume

Introdução

O risco contratual, enquanto ameaça do programa obrigacional, é um aspeto ainda muito nebuloso do Direito Privado. Se por esta razão fomos aliciados a investir neste tema, a diversa aplicabilidade prática certificou a nossa escolha.

Acreditamos que é fulcral iniciar a investigação com a aclaração de alguns aspetos gerais, não só para alcançarmos uma construção progressiva, mas também para a essência do corpo do trabalho. Assim, principiamos por traçar as linhas fundamentais que personalizam o contrato de empreitada, ressaltando que o nosso foco principal incide sobre o risco contratual nas empreitadas de bens imóveis. Em seguida, avançamos para a definição do conceito de risco e propomo-nos a encontrar o critério que deverá servir para a distribuição do mesmo.

Como é que efetuamos a distribuição do(s) risco(s) de acontecimentos que não são imputáveis a nenhuma das partes contratuais? O desafio é alcançar a resposta a esta questão circunscrita à possibilidade da empreitada se tornar mais difícil ou onerosa, perecer ou deteriorar, atrasar ou tornar-se impossível. Em cada um destes aspetos, escolhidos em função do seu destaque nesta matéria, procuramos evidenciar exemplos que colaborem com a descoberta do melhor caminho a seguir e, sobretudo, que nos ajudem a equilibrar os interesses das partes contratuais.

Apesar de sabermos que as regras de distribuição do risco contratual no nosso CC são supletivas e, consequentemente, negociáveis, sendo certo que quanto maior ou menor for o risco a assumir maior ou menor será o preço a pagar, respetivamente, não são poucas as vezes em que os fracassos do programa contratual são preteridos pelos contraentes. Destarte, utilizamos como bússola orientadora as regras de distribuição do risco prescritas no CC.

Para cooperar na resolução do nosso problema e obtermos um estudo profícuo e amplo, viajámos num mundo de diversa bibliografia, casos jurisprudenciais e diferentes perspetivas jurídicas internacionais. Revela-se, ainda, indispensável acorrer a conhecimentos adquiridos em diferentes unidades curriculares. Isto posto, estamos perante diretrizes suficientes para percorrermos um caminho de análise e compreensão e, essencialmente, de profunda aprendizagem e conhecimento.

1. Aspetos gerais

1.1. Qualificação do contrato de empreitada

No CC o contrato de empreitada encontra-se prescrito no art. 1207.º, “é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”¹. Nas palavras de PEDRO ROMANO MARTINEZ, podemos inferir desta definição três elementos essenciais: “os sujeitos, a realização de uma obra e o pagamento de um preço”². Certo é que “o objeto das duas obrigações principais sinalagmáticas criadas pelo contrato”³ é a realização da obra e o pagamento do preço⁴.

Os nomes atribuídos às partes – dono da obra e empreiteiro – podem aparentar que o recurso a este tipo contratual está apenas relacionado com a construção de edifícios. Todavia, a reparação de automóveis, a costura de peças de roupa ou o fabrico de bolos, também são empreitadas.

Enquanto modalidade do contrato de prestação de serviço, a empreitada caracteriza-se pela autonomia ou não subordinação do empreiteiro ao dono da obra⁵ e pelo resultado do trabalho consistir numa obra⁶.

O contrato de empreitada é um contrato típico, sinalagmático, não formal, oneroso e comutativo. É um contrato típico, porque está previsto na lei de forma bastante detalhada; é um contrato sinalagmático, uma vez que pressupõe a realização de

¹ No Direito Romano a empreitada era uma modalidade de locação (*locatio*), que atribuída o gozo de um bem mediante uma contrapartida pecuniária. Este bem podia “consistir numa coisa (*locatio rei*) ou num trabalho (*locatio operarum e locatio operis*)” in LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2016), *Direito das Obrigações*, 11ª ed., vol. III, Coimbra: Almedina, p. 497.

² MARTINEZ, Pedro Romano (2000), *Direito das Obrigações - (Parte Especial) Contratos* - Coimbra: Almedina, p. 334.

³ ALBUQUERQUE, Pedro de & RAIMUNDO, Miguel Assis (2013), *Direito das Obrigações - Contratos em Especial* - 2ª ed., vol. II, Coimbra: Almedina, p. 150.

⁴ O art. 1655 do CCIt define “L'appalto” como o contrato através do qual o empreiteiro se obriga a executar uma obra ou um serviço, com organização dos meios necessários e com a gestão a seu próprio risco, mediante uma retribuição, disp. www.gazzettaufficiale.it e www.normattiva.it.

⁵ “Ainda que exista a possibilidade de este elaborar o projeto, determinar alterações ou fiscalizar a obra” in LEITÃO, L. M. T. M. (2016), ob. cit., p. 498.

⁶ O conceito de obra não é pacífico doutrinariamente. LEITÃO, L. M. T. M. (2016), ob. cit., p. 498, considera que “o resultado do trabalho intelectual ou manual, que não possa ser reconduzido a uma obra, já não corresponderá a uma empreitada” e no mesmo sentido, MARTINEZ, P. R. (2000), ob. cit., pp. 362 e 363, entende que “a empreitada pode ter por objeto a realização de coisas corpóreas, materiais ou imateriais, mas não de coisas incorpóreas, mesmo que materializáveis”. Nas palavras de LIMA, Pires de & VARELA, Antunes (2010), *Código Civil Anotado*, 4ª ed., vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, p. 865, “é um critério inaceitável em face da nossa lei”. Em sentido diverso, ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2016), *Contratos II - Conteúdo. Contratos de Troca*. - 4ª ed., Coimbra: Almedina p. 157, entende que a obra de arte pode ser considerada obra no contrato de empreitada “desde que o resultado criativo seja encomendado e se materialize num suporte suscetível de entrega”.

prestações recíprocas entre as partes, ligadas por um nexo de corresponsabilidade: a realização da obra apresenta como contrapartida o pagamento do preço. É, ainda, um contrato não formal, porque prevalece o princípio da liberdade de forma (art. 219.º CC), a lei não prescreve nenhuma forma especial, e, por último, estamos na presença de um contrato oneroso e comutativo, visto que gera sacrifícios económicos para ambas as partes e, contrariamente aos contratos aleatórios, como o contrato de seguro, a atribuição patrimonial do dono da obra e a do empreiteiro apresentam-se como certas quanto à existência e/ou conteúdo.

Saliente-se que neste tipo contratual o empreiteiro executa a obra que lhe é encomendada, contrariamente ao vendedor que tem a iniciativa de fabricar ou construir⁷. De facto, o contrato de empreitada é distinto do contrato de compra e venda, desde logo, porque o empreiteiro está obrigado a uma prestação de facto (*de facere*) - a realização de uma obra - e o vendedor está obrigado a uma prestação de coisa (*de dare*)⁸. Acresce que o contrato de empreitada é um contrato consensual do qual emergem efeitos obrigacionais, ao passo que o contrato de compra e venda é um contrato real uma vez que a constituição ou a transferência de direitos reais dá-se por mero efeito do contrato (art. 408.º CC)⁹. É certo que a distinção entre ambos os contratos se revela difícil, sobretudo quando o empreiteiro se obriga a construir a obra e fornece os materiais para a execução da mesma. Todavia, sublinhe-se que o empreiteiro fornece os materiais como um meio para a realização da obra e “o contrato pelo qual alguém se obriga a realizar certa obra é, em princípio, uma empreitada”¹⁰¹¹. Em última análise, o elemento preponderante será a vontade dos contraentes.

⁷ ALMEIDA, C. F. (2016), entende que o requisito que distingue a empreitada da compra e venda é o facto de o resultado ser concedido “em conformidade (...) com um projeto (encomenda, caderno de encargos ou plano...) entregue ou aprovado pelo beneficiário”, *in ob. cit.*, p. 157.

⁸ “A distinção entre os contratos de empreitada e de compra e venda resulta, quanto ao primeiro, da prevalência da obrigação de *facere*, do facto de a prestação dos materiais constituir um simples meio para a produção da obra, e o trabalho, o escopo essencial do negócio, representando o bem produzido um “*quid novi*” relativamente à produção originária do empreiteiro (...) e, quanto ao segundo, ao facto de prevalecer a obrigação de *dare* e de a prestação dos materiais ser o essencial.” Ac. TRG, processo: 385/14.1T8GMR.G1, de 27-04-2017, disp. em www.dgsi.pt.

⁹ Em igual sentido, MARTINEZ, P. R. (2000), *ob. cit.*, p. 306.

¹⁰ MARTINEZ, P. R. (2000), *in ob. cit.*, p. 310. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz (1965), defendia que “O contrato em que o empreiteiro fornece a matéria ou, ao menos, a matéria principal não é, porém, só um contrato de empreitada, nem só um contrato de compra e venda, participando de elementos destes dois contratos” *in Empreitada*, Separata do “Boletim do Ministério da Justiça” n.º 145 e 146, Lisboa, *s.n.*, pp. 43 e 44. Para LEITÃO, L. M. T. M. (2016) quando o primeiro plano são os materiais fornecidos estamos perante um contrato de compra e venda e quando o primeiro plano é o resultado do trabalho que o empreiteiro terá que prestar, o contrato será de empreitada, *in ob. cit.*, p. 499.

Por último, cabe referir que a retribuição é um elemento essencial deste contrato e nos termos do art. 1211.º CC, e por remissão o art. 883.º CC, é fixada em dinheiro. Relativamente às várias formas em que pode ser fixada, aprofundaremos *infra*.

Identificados os trâmites que delimitam este tipo contratual, convém ressaltar que nos vamos focar nas empreitadas que se protelam no tempo. A verdade é que, as empreitadas de bens imóveis prolongam-se por vários meses ou até anos, dada a sua complexidade e investimento.

1.2. Regras de distribuição do risco contratual

Embora o risco seja um conceito muito utilizado na dogmática jurídica, a análise que vamos efetuar circunscreve-se ao tema em estudo. Cabe mencionar, antes de mais, que a protelação no tempo, inerente à construção de um imóvel, tem importância na forma como analisamos a distribuição do risco contratual. Na verdade, quanto maior for o tempo que medeia entre a celebração do contrato e a execução da obra maior será a exposição ao risco contratual.

Comummente, e tal como referimos *supra*, quando é cobrado um bem ou serviço pelo credor, nos contratos sinalagmáticos, a quantia paga constitui a contrapartida desse bem ou serviço que, só por si, incorpora a quantidade de risco que o vendedor ou o prestador de serviço está disposto a assumir. Contudo, se por um lado há situações que não podem ser previsíveis, nem tão pouco, incorporadas no preço que o dono da obra terá a pagar, por outro lado, há riscos que se podem prever, mas as partes esquecem-se, frequentemente, da hipótese do programa se frustrar¹².

ÁNGEL CARRASCO PERERA considera que todos os contratos estão expostos ao fracasso por razões não imputáveis a nenhuma das partes contratuais e o risco contratual é “la posibilidad de este fracasso”¹³. NUNO AURELIANO entende que “o Risco deve ser equacionado enquanto sacrifício, dano potencial ou quantidade negativa patrimonial,

¹¹ Nos termos dos arts. 1210.º CC e 1212.º CC, o fornecimento de materiais não modifica a natureza do contrato.

¹² cfr. MACHADO, João Baptista (1991), «*Risco Contratual e Mora do credor*», Obra dispersa, vol. I, Braga: Scientia Iuridica, p. 272.

¹³ PERERA, Ángel Carrasco (2017), *Derecho de Contratos*, segunda edición, Cizur Menor: Aranzadi, p. 929.

que em termos genéricos se identifica com a eventualidade de uma situação jurídica desfavorável”¹⁴.

Como é que repartimos o sacrifício ou a perda patrimonial ocasionada por um fracasso contratual que não é imputável a nenhuma das partes? A nossa lei, com o espírito de minorar os efeitos prejudiciais que decorrem de tais eventos, consagra critérios, supletivos, para as partes suportarem os danos¹⁵.

O risco da obra se tornar mais difícil ou onerosa pode ser solucionado, desde que preenchidos os pressupostos, pelo art. 437.º CC; o risco de perecimento ou deterioração da obra encontra-se prescrito no art. 1228.º CC; o risco de atraso na execução da obra é regulado pelo art. 792.º CC e, por último; o risco de impossibilidade da execução da obra é determinado pelo art. 1227.º CC, que remete para o art. 790.º CC¹⁶.

Como ensina AGOSTINHO GUEDES, os arts. 1227.º e 1228.º CC regem expressamente os eventos não imputáveis a nenhuma das partes contratuais e os arts. 790.º e 792.º CC referem-se a eventos não imputáveis ao devedor¹⁷. Aqui, pode surgir a dúvida de sabermos se os eventos imputáveis ao dono da obra se inserem no conceito de “risco”, tendo em conta a subsecção do CC correspondente “Impossibilidade de cumprimento e mora não imputáveis ao devedor”. A razão pela qual a subsecção regula os eventos não imputáveis ao devedor tem que ver com a abrangência de todas as hipóteses que curam de exonerar o devedor do risco da prestação, inclusivamente por causa não imputável a nenhum dos contraentes ou imputável ao credor¹⁸.

¹⁴ AURELIANO, Nuno (2009), *O Risco nos Contratos de Alienação - Contributo para o Estudo do Direito Privado Português* – Coimbra: Almedina, p. 23.

¹⁵ “Deste modo não intervêm aqui as regras da responsabilidade mas sim critérios legais de repartição de prejuízos, de onde resulta a expressão «Partilha de Risco», a qual, em rigor, pretende referir-se à partilha de danos (ou de prejuízos resultantes da maior dificuldade ou onerosidade da realização da obra)”. GUEDES, Agostinho Cardoso (2015), *«A Partilha de Risco nos Contratos de Construção de Imóveis no Código Civil e no DCFR»*: Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR, Porto: Universidade Católica Editora, p. 166. MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa (1988), define risco em abstrato como “a probabilidade de um dano, anunciando por isso a previsão de um efeito negativo.” in *«Sobre Cláusulas Contratuais Gerais e Conceito de Risco»*: Revista da FDUL, volume XXIX, Lisboa, p. 131.

¹⁶ Note-se a existência de uma conexão entre o conceito de “impossibilidade” e as regras de distribuição do risco contratual. AURELIANO, N. (2009), considera que estamos perante uma conexão inelutável, in ob. cit., p. 69. MACHADO, J. B. (1991), salienta que não estamos perante um quadro de referência obrigatório para solucionar a problemática de todo e qualquer tipo de risco, a título exemplificativo, menciona a hipótese em que o dono da obra, por uma qualquer situação da sua vida não presta a colaboração necessária para a «efetivação do resultado da prestação». Aqui, a prestação até é possível mas o cumprimento torna-se impossível por este «risco de cooperação» do credor. “Neste caso, pode ser possível o ato de prestação, mas não ser possível o cumprimento (...) por uma qualquer circunstância que não depende do devedor.” in ob. cit., pp. 270 e ss..

¹⁷ Aut. (2015), ob. cit., p. 166.

¹⁸ GUEDES, A. C. (2015) ob. cit., p. 166 e MACHADO, J. B. (1991), ob. cit., pp. 281 e 282.

Destarte, pela conjugação dos arts., e embora o CC não contenha uma definição precisa de risco, entendemos, se nos é permitido, que o mesmo consubstancia um evento que destabiliza o programa contratual, não imputável à conduta ou omissão de nenhuma das partes, que torna o cumprimento contratual mais difícil, oneroso ou até impossível, ou seja, pode obstar à produção do resultado: a realização da obra.

2. Risco de maior dificuldade ou onerosidade na execução da obra

Durante a execução da obra os custos subjacentes à construção do imóvel podem aumentar. Este aumento motiva que se diga que o contrato de empreitada tem um carácter economicamente aleatório especialmente para o empreiteiro¹⁹. Pense-se nas hipóteses, a título exemplificativo, de se verificar um aumento do preço dos materiais que o empreiteiro se obrigou a empregar na construção (ferro, pedra, madeira) ou um aumento do salário mínimo nacional que implica a subida do preço da mão de obra. Reflita-se, ainda, sobre possibilidade da construção se tornar mais difícil, por ex., devido a causas naturais (minas, rochas ou cursos de água imprevisíveis no momento da celebração do contrato).

VAZ SERRA principia por nos dizer, “Desde que se admita a resolubilidade ou modificabilidade dos contratos por alteração das circunstâncias, poderiam julgar-se dispensáveis disposições especiais, nesta matéria, para o contrato de empreitada”²⁰. Não obstante, dada a particular natureza da empreitada, acaba por julgar conveniente que sejam formuladas disposições especiais²¹. Ainda assim, o CC não prevê qualquer disposição especial nesta matéria.

Primeiramente importa clarificar que o risco assumido pelo empreiteiro, quando a empreitada se torna mais difícil e/ou onerosa, pode variar consoante o critério que as partes fixaram para estabelecer o preço.

O pagamento do preço, enquanto principal dever do dono da obra, é fixado no momento da celebração do contrato. Este quantitativo monetário, nos termos do art.

¹⁹ SERRA, A. P. S. V. (1965) ob. cit., p. 130.

²⁰ Aut. (1965) ob. cit., pp. 134 e 135.

²¹ SERRA, Vaz (1960) propôs a seguinte redação no art. 8º “...Se, porém, a prestação só puder ser feita com sacrifícios demasiados, ou com fortes riscos, ou com ofensa de deveres nitidamente superiores, em tais condições que seria gravemente contrário à boa fé, vista, no seu conjunto, a situação do caso e tidos em conta o uso de negócios, reclamar o cumprimento, pode o devedor exonerar-se da obrigação ou obter uma modificação desta, aplicando-se onde o puder ser, o disposto quanto à resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias” in *Direito das Obrigações - (com excepção dos contratos em especial)*, Anteprojeto - Separata do «Boletim do Ministério da Justiça», Lisboa: Ministério da Justiça, p. 9. Apesar desta proposta não ter sido acolhida nas revisões ministeriais, foi interpretada como um acolhimento da teoria alemã do limite do sacrifício que defendia que “se ocorresse um agravamento das condições da realização da prestação, que excedesse o que seria exigível como sacrifício ao devedor, à luz do princípio da boa-fé, a situação seria equiparável à impossibilidade da prestação” LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2016) in *Direito das Obrigações - Transmissão e Extinção das Obrigações; Não Cumprimento e Garantias de Crédito* - 10ª ed., vol. II, Coimbra: Almedina, n. 254, p. 113 e, em igual sentido, PROENÇA, José Carlos Brandão (2011), *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 171.

1211.º n.º 2 CC, deve ser pago no ato de aceitação da obra²², sem embargo de as partes estabelecerem diferentes critérios de pagamento²³. Por ex., se o empreiteiro estabelece, *ab initio*, um quantitativo certo equivalente à totalidade da obra (proveniente de um projeto pormenorizado), estamos em face de uma empreitada por *preço global* ou por *preço único e fixo* («à forfait») e não há possibilidade de incorporar a maior onerosidade ou dificuldade da obra no preço²⁴. Se, em contrapartida, o empreiteiro estabelece o preço correspondente a uma determinada quantidade de trabalho concretizada, estamos diante de uma empreitada por *medição* ou por *série de preços*²⁵. Aqui, os preços são unitários “previstos no contrato para cada espécie de trabalho a realizar, às quantidades desses trabalhos efetivamente executados”²⁶²⁷. Por conseguinte, a determinação do preço para a totalidade da obra é mais vantajosa para o dono da obra porque fica a conhecer, desde o início, o montante que terá que pagar, mas, pelo contrário, fomenta

²² Na eventualidade do preço ser pago antes da aceitação da obra, “o empreiteiro poderá usar a exceção de não cumprimento (art. 428º CC) e suspender a execução dos trabalhos, sempre que o dono da obra não efectue a prestação do preço” pode, até, resolver o contrato na hipótese da mora se converter em incumprimento definitivo (art. 801.º n.º 2 CC) MARTINEZ, P. R. (2000), *in ob. cit.*, p. 344. Esta exceção pode também ser usada pelo dono da obra “nos casos em que o preço não tenha que ser integralmente pago antes da entrega da obra (...) proporcional à desvalorização provocada pela existência de defeitos, enquanto estes não tenham sido eliminados, ou não tenha sido realizada nova obra, ou o dono da obra não tenha sido indemnizado dos prejuízos sofridos” MARIANO, João Cura (2008), *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, p. 179. No mesmo sentido, ABRANTES, José João (2007) - «Contrato de empreitada e exceção de não cumprimento do contrato»: *Cadernos de Direito Privado* N.º 18, Coimbra, p. 57.

²³ ALMEIDA, C. F. (2016), as modalidades de cálculo do preço podem variar em preço global ou à *forfait*, por medida, por artigo e mesmo por tempo, *in ob. cit.*, p. 156. LEITÃO, L. M. T. M. (2016) distingue as diferentes modalidades em preço global, por artigo, por medida, por tempo de trabalho, por percentagem *in ob. cit.*, vol. III, p. 512.

²⁴ No mesmo sentido, LEITÃO, L. M. T. M. (2016), *in ob. cit.*, p. 512. Contudo, o Ac. do STJ, processo: 104/2002.L1.S1, de 08-05-2012 refere que “(...) Não seria garante de uma justiça comutativa e de boa fé contratual que as partes, porque aceitaram uma forma ou modalidade de pagamento do preço, fossem despojadas da criteriosa adaptação e conformação do conteúdo prestacional à realidade originada pelas alterações e modificações que a execução contratual ditou”. Contudo, entendeu-se na primeira instância “(...) grosso modo, que tendo sido acordado um “preço global” é vedado aos contraentes impugnarem as concretas quantidades de trabalho e as importâncias discriminadas pelo empreiteiro” disp. em www.dgsi.pt.

²⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida (2009), *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, p. 402.

²⁶ MARTINEZ, P. R. (2000), *in ob. cit.*, pp. 366 e 367.

²⁷ O CCEs prevê no art. 1592 a execução da obra por partes ou por medida. Nestes casos, o empreiteiro pode exigir do dono da obra que a receba por partes e a pague em proporção. “Presume-se aprovada e recebida a parte paga”, disp. em www.boe.es. O CCIt também prevê o trabalho executado por partes no art. 1666 e prevê que o empreiteiro pode exigir um pagamento proporcional ao trabalho executado. “O pagamento faz presumir a aceitação da parte da obra paga; não produzem este efeito os pagamentos adiantados” disp. em www.gazzettaufficiale.it e www.normattiva.it.

mais riscos para o empreiteiro, uma vez que não pode incorporar no preço eventuais despesas imprevisíveis²⁸.

O preço, perante alterações que são da iniciativa do empreiteiro (art. 1214.º CC), alterações necessárias (art. 1215.º CC) ou alterações exigidas pelo dono da obra (art. 1216.º CC), pode ser objeto de revisão²⁹³⁰.

No caso de alterações que são da iniciativa do empreiteiro, o aumento do preço tem que ser autorizado pelo dono da obra e, se estivermos perante uma empreitada por *preço global*, esta autorização tem que ser dada por escrito (art. 1214.º n.º 3 CC)³¹. Nas empreitadas por *medição* ou por *série de preços*, a autorização verbal é válida (art. 222.º n.º 2 CC), mas o ónus da prova desta autorização recai sobre o empreiteiro (art. 342.º n.º 1 CC). Se, porventura, a alteração não foi autorizada, a lei considera a obra defeituosa (art. 1214.º n.º 2 CC)³². Parece-nos, todavia, que estas alterações merecem especial prudência, designadamente no modo como são utilizadas pelo empreiteiro. Esta norma não pode, nunca, servir como um amparo para o empreiteiro desviar o risco que assumiu. Não é aceitável que um construtor, por ex., em razão de um aumento do preço dos materiais, proponha uma alteração aos mesmos e procure enquadrá-la neste art.. Louva-se, nesta parte, o facto de a alteração ter que ser reduzida a escrito para garantirmos uma maior ponderação por parte do dono da obra.

As alterações necessárias, enquanto modificações ao plano convencionado em consequência de direitos de terceiros ou de regras técnicas, também permitem uma alteração do preço. Se o mesmo exceder 20% do inicialmente convencionado, pode o empreiteiro denunciar o contrato e exigir uma indemnização equitativa, nos termos do

²⁸ Nas empreitadas que se protelam no tempo, é habitual que as partes fixem cláusulas de revisão de preços, acautelando-se, assim, o empreiteiro da eventualidade da obra se tornar mais difícil e/ou onerosa.

²⁹ Para SERRA, A. P. S. V. (1965) as alterações são “modificações das modalidades da obra, respeitam, portanto, à obra convencionada, limitando-se a alterar alguma ou algumas modalidades dela (v.g., quanto ao tipo, qualidade ou origem dos materiais, à forma da obra, à sua estrutura, dimensão ou funcionamento, ao tempo ou lugar da execução da obra), isto é, «entram...sempre no plano da execução da obra, apresentando-se como necessárias ou, ao menos, como oportunas para a realização dela»” in ob. cit., p. 75.

³⁰ O CCIt prevê, no art. 1659 que as alterações feitas pelo empreiteiro ao plano convencionado da obra, têm que ser autorizadas e, ainda assim, se a empreitada for por preço global, o empreiteiro não tem direito a compensação por variações ou acréscimos, salvo acordo em contrário. As alterações necessárias estão reguladas no art. 1660, permitem ao empreiteiro denunciar o contrato no caso do preço exceder o sexto do inicialmente convencionado e obter, dependendo das circunstâncias, uma indemnização justa. O dono da obra também pode resolver o contrato, no caso das variações serem significativas, ainda que tenha que indemnizar o empreiteiro, disp. em www.gazzettaufficiale.it e www.normattiva.it.

³¹ Se assim não for, o empreiteiro só pode exigir do dono da obra uma indemnização correspondente ao enriquecimento deste (art. 1214.º n.º 3 CC).

³² E mesmo que o dono da obra a aceite, não fica obrigado a qualquer aumento de preço, nem indemnização com base no enriquecimento sem causa (art. 1214.º n.º 2 CC).

art. 1215.º n.º 2 CC³³³⁴. Estas alterações, em nosso entender, podem igualmente amparar o empreiteiro do risco que contraiu. Por ex., a falta de meios técnicos é um risco que recai sobre o construtor³⁵, e não pode este, dissimular este facto com a existência de uma suposta regra técnica inultrapassável, configurando, deste modo, uma alteração necessária. Embora o ex. dado constitua efetivamente um risco do empreiteiro que não encontra enquadramento no art. 1215.º CC, há, na nossa opinião, situações em que o risco e as alterações necessárias se interligam, conforme veremos *infra*.

As alterações podem ainda ser exigidas pelo dono da obra, desde que não modifiquem a natureza da obra e desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço convencionado, nos termos do art. 1216.º n.º 1 CC³⁶. Caso impliquem um aumento de despesa e de trabalho, o empreiteiro tem direito a um aumento do preço acordado, correspondente ao acréscimo de custos e tem ainda direito a um prolongamento do prazo para a execução da obra (art. 1216.º n.º 2 CC). Se, pelo contrário, os custos diminuïrem, o empreiteiro tem direito ao preço inicialmente ajustado com a dedução do que poupou ou adquiriu por outras aplicações da sua atividade (art. 1216.º n.º 3 CC).

³³ LEITÃO, L. M. T. M. (2016), entende que esta indemnização deve ter em consideração os custos suportados pelo empreiteiro em termos de material e de trabalho, bem como, a utilidade económica que o dono da obra retira da parte da obra já realizada *in ob. cit.*, vol. III, p. 528. SERRA, A. P. S. V. (1965) considera que esta indemnização compreende os trabalhos já feitos na construção do imóvel, mas estes só são pagos na medida em que são úteis para o dono da obra, uma vez que o pagamento não resulta do contrato mas do enriquecimento do dono da obra, *in ob. cit.*, p. 95. Em sentido oposto, MARTINEZ, P. R. (2000), considera que há uma similitude entre as alterações necessárias e a impossibilidade superveniente, uma vez que as duas podem ter por base factos não imputáveis às partes, e esta indemnização deve ser ponderada tendo em conta os critérios do art. 1227.º CC, *in ob. cit.*, pp. 396 e ss..

³⁴ E o dono da obra pode, a todo o tempo, desistir da empreitada, nos termos do art. 1229.º CC. A desistência é uma forma de extinção unilateral do contrato de empreitada sem necessidade de motivo justificativo. É atribuído apenas ao dono da obra e pode operar a todo o tempo, dado que, a empreitada é financeiramente exigente para esta parte contratual e estas alterações podem não ser suportáveis. A indemnização a ser paga, neste caso, é assimilável à indemnização devida em hipóteses de incumprimento, *in* ALBUQUERQUE, P. & RAIMUNDO, M. A. (2013), *ob. cit.*, pp. 502 e ss.. LEITÃO, L. M. T. M. (2016), *in ob. cit.*, vol. III, p. 529 alerta para o facto de a indemnização ser consideravelmente superior. CORDEIRO, António Menezes (2018) considera que esta indemnização abrange o valor “dos gastos (meios humanos e materiais), do próprio trabalho do empreiteiro e dos lucros cessantes no sentido dos proveitos que o empreiteiro poderia retirar da obra, se ela tem corrido até ao fim”, *in Tratado de Direito Civil XII - Contratos em Especial (2ª parte)* - Coimbra: Almedina, p. 990.

³⁵ MARTINEZ, P. R. (2000), considera que, nos casos em que faltam ao empreiteiro meios técnicos mais sofisticados que permitam a construção da obra, e sendo a construção viável com meios técnicos mais evoluídos, não há impossibilidade mas incumprimento, *in ob. cit.*, p. 415.

³⁶ Ac. do STJ de 03/12/2009, processo: 204/2000.C2.S1 “O ónus da prova dos trabalhos não previstos e do inerente acréscimo que eles representavam para a autora (empreiteira) resultarem de erro de conceção da obra, impedia sobre a mesma, nos termos gerais do art. 1215.º do CC. (...) Se a necessidade de execução de novos trabalhos (...) – resultou – de uma alteração determinada pela suspensão dos trabalhos por dúvidas do acerto de cotas de implantação (...) não estavam preenchidos os requisitos para a autora exigir um aumento do preço, de acordo com o art. 1216.º CC” *in* GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo (2014), *Código Civil Anotado- Contratos em Especial* - vol. III, Lisboa: Quid Juris, p. 424.

No decurso do caminho trilhado para alcançarmos a devida solução, inferimos a necessidade de distinguir dois tipos de factos que devem ter um tratamento diferenciado. Os eventos que tornam a obra mais difícil e/ou onerosa, mas que não alteram o modo de execução da mesma (ex: aumento do preço dos materiais, dificuldade em encontrar um subempreiteiro para certa especialidade) e os eventos que tornam a obra mais difícil e/ou onerosa e alteram o modo de execução da mesma (ex: minas, rochas ou cursos de água, erros ou omissões no projeto).

Vejam os seguintes ex. de um facto que torna a obra mais difícil e/ou onerosa e altera o modo de execução da mesma: o empreiteiro, ao perfurar a terra, encontra um curso de água no local onde deve ser construído o pilar do imóvel. Estamos efetivamente perante um risco, enquanto evento não imputável a nenhuma das partes e que perturba o programa contratual, mas é um risco que resulta de uma regra técnica³⁷. A proveniência deste risco conduz-nos à solução legal do mesmo e é por esta razão que defendemos que este evento se encontra regulado no art. 1215.º CC. De facto, em nosso entender, a fronteira que separa as alterações necessárias e esta segunda categoria de casos não é totalmente clara e há casos em que é inexistente³⁸. O mesmo sucederá quando se constatarem erros ou omissões no projeto decorrentes de regras técnicas. Também aqui estamos perante um risco que obriga a uma alteração necessária e que, por isso, se encontra regulado no art. 1215.º CC.

O princípio de que a parte contratual que forneceu o projeto é quem suporta o risco de alterações é também aplicado, no silêncio do contrato, ao risco da natureza do subsolo que corre por conta do proprietário do terreno. Como tipicamente o proprietário do terreno é o dono da obra, não queremos, com o nosso entendimento, alcançar uma manobra para que este contorne o risco que corre por sua conta. Na verdade, não existe

³⁷ Veja-se o Ac. do TRL, para “ (...) integral e correcta realização da obra convencionada, seria preciso perfurar mais metros que o previsto no orçamento, pelo que mesmo que fosse considerado que se tratava de uma alteração, esta teria que se reputar como necessária. Não se trataria, assim, de modificações voluntárias realizadas pela empreiteira, por sua própria iniciativa, desnecessárias à realização da obra convencionada. Não se cuida aqui de satisfazer “a cobiça do empreiteiro”, mas sim de proceder a alterações destinadas à cabal e correcta concretização da empreitada.” processo: 98880/17.5YIPRT.L1-6, de 14-02-2019, disp. em www.dgsi.pt.

³⁸ Contudo, há doutrina que entende que risco da obra se tornar mais difícil ou onerosa não está abrangido no art. 1215.º CC, LIMA, P. & VARELA, A. (2010) *in ob. cit.*, p. 885 e LEITÃO, L. M. T. M. (2016), *in ob. cit.*, vol. III, p. 528. Por sua vez, MARTINEZ, P. R. (2000) entende que “Neste preceito não está abrangida a matéria respeitante à alteração das circunstâncias (art. 437º CC), apesar de, em certos aspectos, poder haver pontos de contacto” *in ob. cit.*, p. 396.

qualquer manobra, este risco está legalmente solucionado no art. 1215.º CC e pode ser vantajoso para qualquer das partes³⁹.

Não exploramos ainda, os factos que tornam a obra mais difícil e/ou onerosa, mas que não alteram o modo de execução da mesma e a questão que se coloca é a de saber se o empreiteiro fica exonerado da prestação ou se, *a contrario*, está obrigado a cumprir.

2.1. Impossibilidade objetiva

O art. 790.º n.º 1 CC, sobe a epígrafe “Impossibilidade objetiva”, prescreve que a obrigação se extingue “quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor”. A lei recorta esta disposição para o domínio da impossibilidade superveniente, uma vez que a obrigação “se torna” impossível, ou seja, a impossibilidade ocorre após a celebração do contrato⁴⁰.

A extinção da obrigação provém da impossibilidade objetiva, absoluta, definitiva e total⁴¹. É objetiva, porque é referente à prestação em si e não à pessoa que a tem que cumprir⁴², é “(...) uma barreira (objectiva) inultrapassável pelo devedor ou por qualquer outra pessoa que o possa substituir”⁴³. Tem ainda que ser uma impossibilidade

³⁹ O CCIIt prevê expressamente uma solução para a onerosidade ou dificuldade na execução da obra, no art. 1664. Prescreve o mesmo que, perante a ocorrência de circunstâncias imprevisíveis que provoquem um aumento ou diminuição, superior ao décimo do preço total convencionado, no custo dos materiais ou da mão-de-obra, o empreiteiro ou o dono da obra podem exigir uma revisão do próprio preço. Esta revisão só pode ser acordada para a diferença que exceder o décimo. Caso a obra se torne mais difícil por causas geológicas, hídricas ou similares não previstas pelas partes, o empreiteiro tem direito a uma compensação justa caso a sua prestação se torne significativamente mais onerosa. disp. em www.gazzettaufficiale.it e www.normattiva.it. Por sua vez, o CCEs prevê no art. 1593 que o empreiteiro que se obrigou a construir um edifício ou outra obra em detrimento de um plano convencionado com o proprietário do terreno, numa empreitada por preço global, não pode pedir aumentos de preço, mesmo que os salários ou o preço dos materiais tenham aumentado, mas poderá fazê-lo quando haja uma alteração no plano convencionado que provoque um aumento da obra, sempre com a autorização do proprietário, disp. em www.boe.es.

⁴⁰ Se fosse uma impossibilidade originária da prestação, o negócio seria considerado nulo, PROENÇA, J. C. B. (2011), *in ob. cit.*, p. 168, e LEITÃO, L. M. T. M. (2016), *in ob. cit.*, vol. II, p. 111.

⁴¹ PROENÇA, J. C. B. (2011), *in ob. cit.*, p. 168.

⁴² A impossibilidade subjetiva, contrariamente, diz respeito à pessoa do devedor e havendo legitimidade genérica para cumprir (art. 767.º n.º 1 CC), o devedor tem o dever de se fazer substituir por terceiro no cumprimento. Só assim não será quando a prestação é infungível (art. 767.º n.º 2 CC) ou porque a impossibilidade de cumprir originou igualmente a impossibilidade de substituição. Nestes casos, a impossibilidade subjetiva produz a extinção da obrigação (art. 791.º CC) cfr. LEITÃO, L. M. T. M. (2016) *in ob. cit.*, vol. II, p. 112. Em igual sentido, COSTA, M. J. A. C. (2009) “À impossibilidade objectiva é equiparada a mera impossibilidade subjectiva, caso o devedor não possa fazer-se substituir por terceiro no cumprimento da obrigação (art. 791.º)”, *in ob. cit.*, p. 328. Também PROENÇA, J. C. B. (2011) “A impossibilidade subjectiva só tem o tratamento de impossibilidade objectiva a partir do momento em que a prestação a cumprir tenha natureza infungível”, *in ob. cit.*, p. 170.

⁴³ PROENÇA, J. C. B. (2011), *in ob. cit.*, p. 168.

insuperável⁴⁴, absoluta. Simultaneamente, é uma impossibilidade definitiva⁴⁵, dado que o cumprimento não é possível⁴⁶ e total, uma vez que incide sobre toda a prestação ou sobre o conjunto de prestações a que o empreiteiro se obrigou. Será que o risco de maior dificuldade ou onerosidade preenche tais pressupostos? Não, não basta para o preenchimento do art. uma impossibilidade relativa ou *difficultas praestandi*, que corresponda à maior dificuldade ou onerosidade na realização da prestação⁴⁷.

De facto, na impossibilidade relativa o cumprimento é possível, mas exige mais esforços ou sacrifícios do que o que as partes tenham idealizado⁴⁸. Nas palavras de PEDRO ROMANO MARTINEZ, “A impossibilidade efetiva contrapõe-se ao agravamento da prestação. Se a prestação do empreiteiro se torna mais onerosa, designadamente por aumento imprevisível dos salários ou do preço dos materiais, não se está perante um caso de impossibilidade (...)”⁴⁹. Também ALMEIDA COSTA escreveu que “só a impossibilidade absoluta libera o devedor e não a mera impossibilidade relativa”⁵⁰. Ainda ANTUNES VARELA dita que “Para que a obrigação se extinga, é necessário, segundo a letra e o espírito da lei, que a prestação se tenha tornado verdadeiramente impossível (...) Não basta que a prestação se tenha tornado extraordinariamente onerosa ou excessivamente difícil”⁵¹⁵².

⁴⁴ “Por exemplo: o não cumprimento procede de facto de terceiro (que destruiu a coisa devida), da própria lei (que proibiu por hipótese, a realização do negócio jurídico prometido) ou até do credor (que recusou a cooperação indispensável à realização da prestação).” QUINTAS, Paula (2017), *Manual Prático de Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, p. 90.

⁴⁵ PEREIRA, Maria de Lurdes (2001), entende que a extinção da obrigação do art. 790.º n.º 1 CC compreende “os casos em que a execução do que era imposto (a prestação) se tenha tornado definitivamente inviável”, in *Conceito da Prestação e Destino da Contraprestação*, Coimbra: Almedina, p. 75.

⁴⁶ “Por razões físicas ou pela circunstância de não interessar ao credor a sua recepção tardia” PROENÇA, J. C. B. (2011), in ob. cit., p. 169.

⁴⁷ Em igual sentido, LEITÃO, L. M. T. M. (2016) in ob. cit., vol. II, p. 113.

⁴⁸ “Não se trata de «impossibilitas» mas de «difficultas executionis»” TELLES, Inocêncio Galvão (1965), *Manual de Direito das Obrigações*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 48.

⁴⁹ O Aut. (2000) acrescenta “podendo, quando muito, recorrer-se ao instituto da alteração das circunstâncias (art. 437.º CC).” in ob. cit., p. 416. Em igual sentido, SOUSA, Gabriela Mesquita in *«Impossibilidade de cumprimento da obrigação: as alterações do regime alemão e as normas do Código Civil Português»*: Estudos Sobre Incumprimento Do Contrato, Coimbra: Coimbra Editora p. 129.

⁵⁰ Aut. (2009), alerta, contudo, para os desvios que a lei consagra “a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (arts. 437.º a 439.º CC) e a substituição da restauração natural pela indemnização pecuniária, sempre que o interesse do credor não justifique a excessiva onerosidade daquela para o devedor (art. 566.º n.º 1)”. Nas palavras do Aut., tem que se ter presente a boa-fé no cumprimento das obrigações (art. 762.º n.º 2 CC) in ob. cit., p. 327.

⁵¹ VARELA, João de Matos Antunes (2014), *Das Obrigações em Geral*, 7ª ed., vol. II, Coimbra: Almedina, p. 68. PEREIRA, M. L. (2001), entende que subsistindo uma possibilidade material de opção, “persiste a liberdade de facto de se optar pelo cumprimento”, não há impossibilidade da prestação e portanto não há extinção do vínculo “de um ponto de vista puramente lógico não existem razões para declarar a inexistência ou insubsistência da obrigação” in ob. cit., p. 84.

Destarte, dado que a maior dificuldade ou onerosidade na execução da obra não fundamenta a exclusão do dever de prestar, podemos asseverar que não há impossibilidade no cumprimento da obrigação e, como tal, o empreiteiro não fica exonerado das suas obrigações e será responsável pelos danos no atraso da construção⁵³⁵⁴.

Chegados até aqui, a questão que se pode colocar é a de sabermos se será justo impormos o cumprimento ao empreiteiro quando não há um equilíbrio entre prestação-contraprestação. Qual é o limite do dever de prestar?⁵⁵

Nas palavras de BRANDÃO PROENÇA “há, na verdade, uma linha difícil de demarcar entre o pedido de cumprimento num quadro de enorme dificuldade (...) e o pedido de cumprimento de um contrato significativamente desequilibrado”⁵⁶.

Em nosso entender, se nos é permitido, consideramos que é essencial que o conceito de impossibilidade, demarcado pelo art. 790.º CC, se restrinja aos casos em que essa mesma impossibilidade é objetiva, absoluta, definitiva e total. Se assim não fosse, estaríamos a alargar demasiado a interpretação do art. e a atribuir ao empreiteiro uma ampla proteção para o risco que assumiu. Ademais, a segurança jurídica dita que assim o seja, e o empreiteiro, enquanto técnico na prestação destes serviços, tem que se

⁵² No mesmo sentido, o doutamente decidido pelo Ac. do TRG, processo: 127/06.5TBAMR.G1, de 01-10-2009 “A impossibilidade objectiva da prestação configurada no nº 1 do art. 790º do CC como causa de extinção da obrigação, é somente a impossibilidade absoluta e não a mera *difficultas proestandi* resultante da extraordinária onerosidade ou excessiva dificuldade da prestação para o devedor, que não acarretam a extinção da obrigação deste” disp. em www.dgsi.pt e o Ac. do TRC, processo: 411/14.4TBCNT-A.C1, de 07-02-2017 “A mera impossibilidade relativa da prestação (a *difficultas praestandi*) não extingue a obrigação, apenas a impossibilidade absoluta o consegue” disp. em www.dgsi.pt.

⁵³ LIMA, P. & VARELA, A. (2010) alertam para que não se confunda a impossibilidade da prestação e a *difficultas praestandi*, acrescentam que “Desde que não haja impossibilidade, a obrigação não se extingue” in ob. cit., p. 42.

⁵⁴ “A não ser que se prove ter havido uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, não coberta pelos riscos próprios do contrato, que leve a exigência de executar a obra a afetar gravemente os princípios da boa fé, caso em que terá aplicação o art. 437.º, conferindo-se ao construtor o direito de resolver o contrato” GUEDES, Agostinho Cardoso (1997) in «A Responsabilidade do Construtor no Contrato de Empreitada»: Contratos: Actualidade e Evolução, Porto: Universidade Católica, p. 324.

⁵⁵ Esta questão é discutida por referência ao “caso do anel”, inicialmente formulado por HECK, e que ZIMMERMANN adotou uma formulação atualista: “A vende a B um anel pelo preço de 100 € e que, no dia seguinte, o anel cai ao fundo do mar e, para o retirar, é necessário um dispêndio de 100.000 €”. A prestação deve ser afastada por impossibilidade? PIRES, Catarina Monteiro (2018) in *Impossibilidade da Prestação*, Coimbra: Almedina, pp. 439 e 440.

⁵⁶ PROENÇA, J. C. B. (2011), in ob. cit., pp. 174 e 175. GONÇALVES, Luís da Cunha (1953), ditou que havia necessidade de ponderar sobre a injustiça em deixar de indemnizar trabalhos suplementares “executados em condições diversas das existentes ao tempo da convenção pois dar-se-á o locupletamento à custa alheia” *Dos Contratos Em Especial*, Colecção Jurídica Portuguesa, Lisboa: Edições Ática, p. 155.

precaver de eventuais objeções no momento da estipulação do preço. Não obstante, aceitamos que há casos limite em que a *difficultas praestandi* pode liberar o devedor.

Nesta linha de pensamento, MANUEL DE ANDRADE considera que o devedor se exonera da prestação tendo em conta “a teoria da base negocial, nos termos em que essa teoria seja de admitir”⁵⁷ ou perante a existência de um “interesse ou dever superior”⁵⁸. ANTUNES VARELA entende que o devedor pode faltar ao cumprimento quando o exercício do crédito exceda manifestamente os limites da boa fé, “não por impossibilidade da prestação, mas pelo abuso no exercício do direito do credor”⁵⁹. CATARINA MONTEIRO PIRES ensina que o problema não é resolvido através da impossibilidade da prestação e que os limites se reportam “à solução desenhada pela autonomia privada das partes, ao critério de diligência do bom pai de família e à inexigibilidade resultante da regra da boa-fé”⁶⁰. NUNO PINTO OLIVEIRA propõe a introdução de um novo art. no CC com a seguinte redação: “Se a prestação é excessivamente difícil, em tais condições que seria gravemente contrário à boa fé reclamar o cumprimento, pode o devedor exonerar-se da obrigação ou obter a modificação desta”⁶².

⁵⁷ Também quando a prestação apenas puder «realizar-se com meios que estão de tal maneira fora de relação com o resultado que no comércio jurídico não são de modo nenhum tomados em consideração» ANDRADE, Manuel A. Domingues de (1958), *Teoria Geral das Obrigações*, vol. 1, Coimbra: Almedina, p. 404.

⁵⁸ Casos em que “a prestação só pode ser executada com grave risco da vida ou da saúde do devedor ou dos seus familiares, ou com grave sacrifício dos seus sentimentos pessoais ou de deveres para com outrem” ANDRADE, M. A. D. (1958), *ob. cit.*, p. 405.

⁵⁹ VARELA, J. M. A. (2014), *in ob. cit.*, p. 71. FONSECA, Ana Taveira da (2017), defende que havendo uma grave desproporção entre o sacrifício do devedor e a vantagem do credor na prestação, “sempre se deverá qualificar como abusivo, por exceder gravemente os limites impostos pela boa fé, o exercício do direito de crédito (arts. 334.º e 762.º, n.º 2) o que permitirá ao devedor recusar o cumprimento” *in «A recusa de cumprimento da obrigação por dificuldade do devedor»*: Edição Comemorativa do Cinquentenário Código Civil, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 428. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz (1955) diz-nos que o devedor deve procurar cumprir o resultado da obrigação “mas apenas nas medidas das suas possibilidades” *in Impossibilidade Superveniente, Desaparecimento Do Interesse do Credor, Casos de não cumprimento da obrigação*, Separata do «Boletim do Ministério da Justiça» N.º 46, 47 e 48, Lisboa: s.n., p. 29.

⁶⁰ PIRES, C. M. (2018), *in ob. cit.*, p. 555.

⁶¹ PROENÇA, J. C. B., entende que não é justo “que um devedor que quer cumprir mas não pode (...) não tenha que indemnizar algumas das despesas realizadas pelo credor e que outro devedor que não possa cumprir por motivos atinentes à pessoa do credor seja ressarcido (...) pelas despesas efectuadas” *in ob. cit.*, p. 175.

⁶² Aut. (2011) “O advérbio *gravemente* circunscreveria a aplicação da regra aos casos em que a actuação do direito de crédito excedesse de forma evidente (...) os limites da boa fé, *deixando a descoberto o enlace entre os casos de dificuldade excessiva e de abuso do direito.*” *Princípios de Direito dos Contratos*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, p. 571.

⁶³ O direito alemão consagra “ao lado da «impossibilidade real», «autêntica» ou «verdadeira» (275/1 BGB), situações de «impossibilidade relativa» ou «inexigibilidade», distinguindo, no seio destas, entre «impossibilidade prática» (275/2 BGB) e «impossibilidade pessoal» (275/3 BGB)”. Estatui o art. 275/2

Face ao exposto, na hipótese de se verificar um aumento avultado do custo dos materiais ou uma dificuldade em encontrar um subempreiteiro para certa especialidade, a *difficultas* não libera o empreiteiro, nem este terá direito a prorrogações do prazo contratual, quando muito pode a boa-fé, em casos limite, liberar o construtor ou, verificados os pressupostos do art. 437.º CC, pode este recorrer ao instituto da alteração das circunstâncias.

que “O devedor pode recusar a prestação quando esta requeira um dispêndio que esteja em grave desproporção face ao interesse do credor na prestação, considerando o conteúdo da relação obrigacional e a regra da boa-fé”. Esta norma trouxe inúmeras dúvidas, designadamente no que respeita “à natureza da «impossibilidade prática» como quanto à sua relevância na delimitação do conteúdo típico da «impossibilidade da prestação», PIRES, C. M. (2018), ob. cit. p. 460 e ss.. JÚNIOR, Eduardo Santos (2010), pondera a assimilação, no nosso direito, da impossibilidade pessoal (e da impossibilidade prática) à impossibilidade efetiva para exonerar o devedor da prestação. Todavia, entende que tal solução é demasiado ousada, in «Da ‘impossibilidade pessoal’ de cumprir. Breve confronto do novo Direito alemão com o Direito Português»: O Direito 142º, III, Coimbra, p. 434.

2.2. Perda ou deterioração da obra

Como ensina BAPTISTA MACHADO, “Na noção de agravamento dos custos ou dificuldades da prestação abrangemos (...) o risco da deterioração do objeto da prestação, quando este corra por conta do devedor (...)”⁶⁴.

Principiamos por decifrar qual das partes contratuais é o proprietário da obra, uma vez que, nos termos do art. 1228.º n.º 1 CC, o risco de perecimento ou deterioração corre por conta do proprietário⁶⁵. O regime que regula a propriedade é especial e difere consoante se tratem de empreitadas de bens móveis ou imóveis, por força do art. 1212.º CC⁶⁶. Evidentemente que, *in casu*, nos vamos debruçar sobre o regime aplicável às empreitadas de bens imóveis.

Na eventualidade do terreno pertencer ao dono da obra, é este quem suporta o risco, ainda que os materiais sejam exclusivamente fornecidos pelo empreiteiro. A transferência da propriedade dos materiais e, por conseguinte, do risco contratual, ocorre à medida que os mesmos são incorporados na obra (art. 1212.º n.º 2 CC).

Fica, todavia, por esclarecer a transferência do risco quando o terreno é propriedade do empreiteiro⁶⁷. PEDRO ROMANO MARTINEZ diz-nos que a propriedade se pode transferir com a aceitação⁶⁸. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA defendem que “o contrato de empreitada não pode deixar de ser acompanhado duma *promessa de*

⁶⁴ MACHADO, J. B. (1991), *in ob. cit.*, p. 274.

⁶⁵ Ao contrário do DCFR que atribui este risco à parte contratual que tem o controlo ou a detenção material da obra. Entende-se que, esta parte contratual está em melhores condições para proteger e guardar a obra. A transferência do risco para o dono da obra dá-se no momento da entrega da mesma (sendo irrelevante a eventual mora do empreiteiro) ou quando esta não tenha ocorrido por omissão injustificada do dono da obra. A dúvida surge quando a obra é executada nas instalações do dono da obra e durante o horário normal de expediente. Nestes casos, parece que é o dono da obra que está em melhores condições para gerir este risco, cfr. GUEDES, A. C. (2015), *in ob. cit.* pp. 180 e 181.

⁶⁶ LEITÃO, L. M. T. M. (2016), entende que esta norma só tem aplicação nas empreitadas de construção, dado que, nas empreitadas de reparação ou modificação, este problema não se coloca uma vez que a propriedade pertence e permanece no dono da obra, *in ob. cit.*, vol. III, p. 523. Como chama a atenção ALBUQUERQUE, P. & RAIMUNDO, M. A. (2013) o problema que se pode colocar é o “da transferência da propriedade dos objetos utilizados na reparação e modificação” *in ob. cit.*, p. 324.

⁶⁷ Há Aut., como LEITÃO, L. M. T. M. (2016), que consideram que estamos perante uma lacuna no art. 1212.º CC, *in ob. cit.*, vol. III, p. 525. Em sentido contrário, ALBUQUERQUE, P. & RAIMUNDO, M. A. (2013) defendem que esta omissão é voluntária *in ob. cit.*, p. 325.

⁶⁸ O Aut. (2000), identifica três hipóteses: (i) com a celebração do contrato de empreitada, transfere-se a propriedade do terreno e em tal caso o terreno é propriedade do dono da obra (art. 1212.º n.º 2 CC); (ii) se a obra é realizada em terreno do empreiteiro, a propriedade transfere-se com a aceitação do dono da obra, desde que a aceitação revista a formalidade necessária para a transferência da propriedade de imóveis; (iii) A obra foi realizada no terreno propriedade do empreiteiro que se pode transferir após a aceitação através de um negócio autónomo que não tem de ser uma compra e venda ou uma doação *in ob. cit.*, p. 414.

venda”⁶⁹⁷⁰ e, como tal, estamos na presença de um negócio misto. Ainda no seguimento deste entendimento, MENEZES LEITÃO entende que ao lado da empreitada há uma promessa de venda e que a transferência da propriedade se dá “com a celebração do contrato de compra e venda, antes ou após a realização da obra”⁷¹. Neste sentido, somos orientados a concordar com MENEZES LEITÃO, dado que nos parece dotada de maior sentido a posição que defende a transmissão da propriedade através da celebração do contrato translativo, o contrato de compra e venda da propriedade do terreno⁷²⁷³.

Destarte, caso o proprietário do terreno seja o dono da obra, é por conta deste que corre o risco de perecimento ou deterioração; caso o proprietário do solo seja o empreiteiro é este quem suporta o risco⁷⁴. Nos casos em que é o empreiteiro quem suporta este risco, como ensina AGOSTINHO GUEDES, “terá que realizar os trabalhos necessários para reparar (ou reconstruir) a obra (desde que isso ainda seja possível) sem poder reclamar do dono da obra qualquer acréscimo de preço, custo acrescido⁷⁵ ou

⁶⁹ O solo e os materiais, no entendimento dos Aut., pertencem ao empreiteiro, enquanto não houver transferência da propriedade Aut. (2010). *in ob. cit.*, p. 879.

⁷⁰ VILALONGA, José Manuel (1997), entende que “o contrato nos termos do qual alguém se obriga a realizar uma construção em terreno alheio é uma empreitada. Se o terreno pertencer ao construtor, tratar-se-á de uma união de contratos: no que concerne ao terreno será uma compra e venda; no que concerne à construção será uma empreitada. *in «Compra e Venda e Empreitada: Contributo para a distinção entre os dois contratos»*; ROA, Ano 57, Lisboa, p. 226.

⁷¹ Aut. (2016) *in ob. cit.*, vol. III, p. 526.

⁷² Em igual sentido, ALBUQUERQUE, P. & RAIMUNDO, M. A. (2013) *in ob. cit.* p. 327 e VILALONGA, J. M. (1997) *in ob. cit.*, p. 203.

⁷³ O CCFr regula nos arts. 1601-1, 1601-2 e 1601-3, o contrato de compra e venda de imóveis a construir. É um contrato através do qual o vendedor se obriga a construir um imóvel num prazo determinado. A venda pode ser celebrada através de um contrato a termo, por via do qual, o vendedor se compromete a entregar o imóvel aquando a sua conclusão e o comprador se compromete a receber e a pagar na data de entrega. A transferência da propriedade ocorre, por força da lei, com a conclusão da construção e tem efeito retroativo à data da venda. Este contrato pode ainda ser celebrado, conforme prescreve o art. 1601-3 através de “La vente en l'état futur d'achèvement” e o vendedor transfere imediatamente para o comprador os direitos de propriedade sobre o terreno, bem como a propriedade das construções já existentes. As obras futuras tornam-se propriedade do comprador à medida que forem executadas e o comprador paga o preço à medida que o trabalho avança. É o vendedor quem mantém o direito de propriedade da obra até à aceitação pelo comprador. Ou seja, se com a celebração de um contrato a termo a propriedade é transferida com a conclusão da obra, através do art. 1601-3 a propriedade é adquirida pelo comprador à medida que avancem os trabalhos de construção, disp. em www.legifrance.gouv.fr.

⁷⁴ Contudo, conforme chama a atenção GUEDES, A. C. (2015) “mesmo nos casos em que o risco deva correr por conta do empreiteiro, ele não responderá por deteriorações resultantes de (i) erros do projeto fornecido pelo dono da obra (ii) de materiais inidóneos fornecidos pelo dono da obra ou (iii) de vício do solo, neste último caso quando a construção decorrer em terreno do dono da obra e, apesar disso, o risco seja suportado pelo empreiteiro, por disposição contratual *in ob. cit.*, p. 184.

⁷⁵ MARTINEZ, P. R. (2000), relaciona os arts. 1227.º e 1228.º CC e entende, em sentido contrário, que quando o solo é propriedade do empreiteiro, é este “obrigado a repetir a obra se isso não lhe causa prejuízo desmesurado, sendo devido o preço estipulado, acrescido do montante correspondente às despesas e trabalhos efetuados na obra destruída” *in ob. cit.*, p. 420. GUEDES, A. C. (2015), ponderou a aplicação do art. 1227.º, 2ª parte CC quando o risco corre por conta do empreiteiro. O Aut. concluiu que este art. só se aplica nos casos em que existe uma impossibilidade definitiva e lembra que no art. 1228.º CC- quando o cumprimento ainda é possível - “o empreiteiro executa a obra e recebe o preço acordado”,

indenização”⁷⁶. Porém, como estamos perante um evento não imputável a nenhuma das partes, extraímos da conjugação dos arts. 792.º n.º 1 CC e 1228.º n.º 1 CC que o empreiteiro não responde pelo eventual atraso na execução da obra⁷⁷. Por outro lado, na possibilidade de este risco correr por conta do dono da obra, será este responsável pelo pagamento dos trabalhos e dos materiais necessários para a reconstrução/reparação do que se perdeu ou deteriorou. O eventual atraso que resulte deste prejuízo é também suportado pelo dono da obra, que pode, a qualquer momento, desistir da mesma, nos termos do art. 1229.º CC⁷⁸.

Todavia, se o dono da obra estiver em mora quanto à verificação ou aceitação, há uma inversão do risco, nos termos do art. 1228.º n.º 2 CC. Este art., tem aplicação nos casos em que o proprietário do terreno é o empreiteiro⁷⁹, dado que só assim fará sentido que haja uma inversão do risco. A verdade é que o terreno é normalmente propriedade do dono da obra e, portanto, raras são as situações em que este art. terá aplicação. Ainda assim, a regra de que, o risco corre por conta do empreiteiro “até ao momento em que este transfere a propriedade para o dono da obra, momento a partir do qual se transfere o risco (art. 1228.º, n.º 1, CC)”⁸⁰, pode não ter aplicação com a constituição do dono da obra em mora relativamente à aceitação ou verificação (art. 1228.º n.º 2 CC)⁸¹.

Perante a eventualidade, de ser o dono da obra o proprietário do terreno e houver mora do empreiteiro, a solução da nossa lei está consagrada no art. 807.º n.º 1 CC, que atribui ao empreiteiro o risco da perda ou deterioração a partir do momento da constituição em mora. Este risco do empreiteiro pode ser contornado, mediante a ocorrência de danos não imputáveis a nenhuma das partes, caso “se prove que o dono da

portanto, não há razão para receber “o montante referente ao trabalho tornado inútil e às despesas realizadas quando o risco corria por conta dele”. O Aut. compara ainda as consequências do risco correr por conta do dono da obra e conclui que, se aplicássemos o art. 1227.º, 2ª parte CC a partilha de risco não seria equitativa, *in ob. cit.*, p. 183.

⁷⁶ Aut. (2015) *in ob. cit.*, p. 182. Acrescenta ainda que, “se o contrato ainda poder ser cumprido, as partes têm de o cumprir – salva a aplicação das regras sobre a alteração das circunstâncias (437.º CC)”. Em igual sentido, Aut. (1997) *in ob. cit.*, p. 325.

⁷⁷ Entendemos, todavia, em conformidade com o defendido *supra* que, uma vez que o risco de perecimento ou deterioração não deixa de originar uma maior onerosidade e/ou dificuldade na execução da obra, caso o risco implique uma alteração necessária para a correta execução da obra, designadamente em virtude de regras técnicas, poderá o empreiteiro socorrer-se do art 1215.º CC.

⁷⁸ Em igual sentido, GUEDES, A. C. (2015), *in ob. cit.*, pp. 183 e ss..

⁷⁹ cfr. alerta ALBUQUERQUE, P. & RAIMUNDO, M. A. (2013), além de ser propriedade do empreiteiro já terá que a ter terminado, dado que, se não tiver terminado não há mora da verificação ou aceitação *in. ob. cit.*, p. 329.

⁸⁰ GUEDES, A. C. (2015), *in ob. cit.*, p. 181.

⁸¹ ALBUQUERQUE, P. & RAIMUNDO, M. A. (2013), entendem que a falta de colaboração do dono da obra na verificação ou aceitação pressupõe a mora, *in ob. cit.*, p. 329.

obra teria igualmente sofrido o dano se a obrigação fosse cumprida em tempo (art. 807.º, n.º 2, CC)”⁸².

A questão que se pode colocar nesta matéria é a de sabermos por conta de quem corre o risco do perecimento ou deterioração dos materiais, antes da incorporação na obra. Como entende PEDRO ROMANO MARTINEZ, “O princípio de que o risco corre por conta do proprietário aplica-se não só à obra, como igualmente aos materiais nela a incorporar”⁸³, e NUNO AURELIANO defende que os materiais mantêm autonomia em relação à obra e, como tal, “vigorará quanto a estes uma regra de risco inerente à titularidade dominial”⁸⁴. Deste modo, é a parte contratual que fornece os materiais quem suporta o risco de perecimento ou deterioração, até ao momento da incorporação dos mesmos na construção.

⁸² GUEDES, A. C. (2015), *in ob. cit.*, p. 181.

⁸³ MARTINEZ, P. R. (2000) *in ob. cit.*, p. 418. Em igual sentido, GUEDES, A. C. (2015), *in ob. cit.*, p. 182.

⁸⁴ AURELIANO, N. (2009), *in ob. cit.*, p. 423.

3. Risco de atrasos na execução da obra

3.1. Impossibilidade temporária

“Pode acontecer que a impossibilidade não seja irremovível, definitiva, mas suscetível de vir a cessar”⁸⁵. Todavia, o tempo que decorre entre a ocorrência do evento, que gera impossibilidade, e o fim deste impede o empreiteiro de cumprir o prazo contratualmente acordado. Saliente-se que nos estamos a referir a eventos não imputáveis a nenhuma das partes, como, por ex., uma tempestade, atos de guerra, terrorismo ou um desabamento de terras.

A solução consagrada na nossa lei, nos termos do art. 792.º CC, passa por exonerar o empreiteiro do cumprimento no caso de impossibilidade temporária que não lhe seja imputável. No entanto, é importante sublinhar que esta exoneração só dura enquanto a impossibilidade inculpada persistir⁸⁶. Dito por outras palavras, o empreiteiro não incorre em mora enquanto durar a impossibilidade; findo o impedimento, o empreiteiro responderá pelos danos que a mora causar⁸⁷.

Este impedimento só se considera temporário enquanto perdurar o interesse do credor (art. 792.º n.º 2 CC)⁸⁸. Na verdade, há casos em que “o *retardamento da*

⁸⁵ ANDRADE, M. A.D. (1958), *in ob. cit.*, p. 411.

⁸⁶ MACHADO, J. B. (1991), entende que a impossibilidade temporária deste art. é uma “impossibilidade da prestação como conduta (...) não a impossibilidade de prestar como resultado”. Se assim não fosse, não haveria espaço para a mora do credor *in ob. cit.*, p. 278.

⁸⁷ “A suspensão (dos efeitos) começa quando a prestação se torna impossível e termina quando a prestação se torna possível. Enquanto a obrigação estiver suspensa, o credor não poderá exigí-la – e o devedor não poderá realizá-la” OLIVEIRA, N. P. (2011) *in ob. cit.*, p. 548.

⁸⁸ O interesse do credor é que orienta este regime, cfr. PIRES, C. M. (2018), *in ob. cit.*, p. 226 e PROENÇA, J. C. B. (2011), *in ob. cit.*, p. 176. SERRA, A. P. S. V. (1960), no anteprojeto acrescentava no art. 62.º n.º 1 que, se a impossibilidade for temporária a obrigação extingue-se, “quando, tendo em vista a sua finalidade, o devedor não puder já ser havido como obrigado a efetuar a prestação ou o credor não tiver já interesse no cumprimento. Caso contrário, a obrigação não se extingue, mas o devedor não responde pelo atraso no cumprimento, enquanto a impossibilidade perdurar” *in ob. cit.*, p. 46.

⁸⁹ PIRES, C. M. (2018), questiona a expressão “finalidade da obrigação” prescrita no art. 792.º n.º 2 CC. A Autora equaciona a possibilidade de esta se referir a “um desiderato assumido contratualmente ou um resultado para o credor, independente do conteúdo do contrato”. Não vê motivos para se adicionar um requisito (finalidade da obrigação) no caso de uma impossibilidade não imputável. Assim, tal como no art. 808.º CC, o critério essencial é o do interesse do credor, estando essencialmente em causa o plano de emprego da prestação”, *in ob. cit.*, pp. 227 e 228. No entendimento de PEREIRA, M. L. (2001), é “(...) insuficiente que a prestação, por força da demora, se torne inapta para satisfazer uma qualquer necessidade do credor, cuja prossecução este teria tido em mente ao contratar” é indispensável que “tenha superado «o limbo dos simples motivos, em princípio juridicamente irrelevantes”. A «finalidade da obrigação» identifica-se pois com um certo fim de uso ou de troca da prestação consagrado como usual no tráfego ou na falta dele (em certos casos mesmo, apesar dele) retirar-se-á de um (expresso ou tácito) «entendimento» das partes relativamente ao emprego a que o credor destina a prestação.” *in ob. cit.*, pp. 193 e 194.

*prestação equivale à impossibilidade definitiva*⁹⁰, casos em que a obrigação é insuscetível de atraso ou sendo suscetível, atingiu tais termos que o credor perdeu o interesse na prestação (art. 792.º n.º 2 CC)⁹¹.

A obrigação é insuscetível de atraso, extinguindo-se, nos termos do art. 790.º CC, quando o cumprimento fora de prazo conduzir à perda de utilidade, ou quando se estabelecer um termo essencial, “findo o qual o credor já não se considera vinculado a aceitar a prestação, com o fundamento de que esta já não lhe interessa (cantor ou pianista que adoece no dia em que devia participar no sarau para que foi contratado)”⁹².

Mesmo nos casos em que a data de cumprimento é flexível pode acontecer que o decurso do tempo dissipe o interesse na prestação, embora este ainda existisse aquando da ocorrência da impossibilidade. As razões pelas quais o interesse desapareceu podem consubstanciar-se na perda da utilidade da prestação, para o credor, na previsão que a impossibilidade venha a cessar “em momento em que a prestação já não interesse ao credor”⁹³ ou na “incerteza sobre a cessação da impossibilidade (por ex., uma greve por período indeterminado...)”⁹⁴. Aqui, a extinção da obrigação não opera automaticamente, mas resulta de uma manifestação do credor nesse sentido⁹⁵.

Nesta linha de pensamento, parece-nos que a construção de um imóvel é suscetível de atraso, mas a dúvida relativamente ao fim do impedimento temporário pode apagar o interesse do dono da obra.

Não podemos ignorar que o tempo e as consequências do evento que provocou esta impossibilidade temporária, são suscetíveis de causar uma maior onerosidade e/ou

⁹⁰ LIMA, P. & VARELA, A. (2010) *in ob. cit.*, p. 45. VARELA, J. M. A. (2014), alerta para o facto de, por estipulação das partes, poder acontecer que “só ao credor será lícito equiparar a impossibilidade temporária à definitiva, continuando o devedor vinculado se, não obstante o decurso do termo, o credor ainda manifestar interesse em receber a prestação” *in ob. cit.*, p. 80.

⁹¹ Em igual sentido, GUEDES, A. C. (2015) *in ob. cit.*, p. 171. SERRA, A. P. S. V. (1960) no art. 62.º n.º 2 do anteprojeto considerava “definitiva a impossibilidade, que só puder cessar por algum facto extraordinário, com que não seja legítimo contar, ou quando a sua duração provável fizer presumir que a prestação, na data em que a impossibilidade cessar, não satisfará já a finalidade da obrigação.” p. 46.

⁹² VARELA, J. M. A. (2014) *in ob. cit.*, p. 80. ANDRADE, M. A. D. (1958), diz-nos que, ainda que fora do tempo acordado pelas partes, podia o credor, através de uma reponderação de interesses, julgar mais conveniente que o devedor executasse. Todavia, reconhece que “não pode deixar-se o devedor indefinidamente na incerteza sobre a sua situação, e não marca a lei um *spatium deliberandi* do qual o credor tenha de tomar uma decisão e levá-la ao conhecimento do devedor, parece que temos de considerar automaticamente estabelecida a inadimplência logo que o devedor não cumpriu no tempo previsto” *in ob. cit.*, p. 413.

⁹³ LIMA, P. & VARELA, A. (2010) *in ob. cit.*, p. 45.

⁹⁴ PROENÇA, J. C. B. (2011), *in ob. cit.*, p. 177. PIRES, C. M. (2018), atenta também à situação do devedor e entende que “Se a «espera» da possibilidade de cumprimento consubstanciar uma exigência desrazoável quanto à vinculação do devedor poderá a boa fé reclamar um afastamento do dever primário de prestar” *in ob. cit.*, p. 228.

⁹⁵ GUEDES, A. C. (2015), *in ob. cit.*, p. 172.

dificuldade na execução da obra. Apesar de entendermos que, perante uma impossibilidade temporária, cada contraente suporta os seus próprios dispêndios⁹⁶ e nenhuma das partes pode reclamar qualquer indemnização, defendemos ainda que, nos casos em que o evento causador desta impossibilidade obrigue a alterar o modo de execução da obra, pode o empreiteiro recorrer à solução legal do art. 1215.º CC.

3.2. Caso fortuito ou de força maior

O regime do art. 792.º CC pressupõe a verificação de uma impossibilidade temporária “por causa não imputável ao devedor”⁹⁷. De entre estas causas, destacamos a impossibilidade que decorre de caso fortuito ou de força maior⁹⁸.

O empreiteiro exonera-se da prestação mediante a alegação e a prova de que está impedido de cumprir por força de um evento que não lhe é imputável e que não teria evitado, mesmo agindo diligentemente. Esta prova é efetuada, frequentemente, e, apesar da dificuldade inerente, através da ocorrência de um caso fortuito ou de força maior. Nos casos em que o empreiteiro não consiga ilidir a presunção de culpa do art. 799º CC, torna-se responsável pelos danos resultantes, por força do art. 798.º CC⁹⁹¹⁰⁰.

⁹⁶ Em igual sentido, GUEDES, A. C. (2015), *in ob. cit.*, p. 173 e MACHADO, J. B. (1991), diz-nos que o empreiteiro “terá que arcar eventualmente com o aumento de custos da prestação, ou de perder os dispêndios feitos e de ver frustrado o lucro do negócio, uma vez que o credor perca o interesse na prestação e esta se torne impossível nos termos do artigo 792º, n.º 2.” *in ob. cit.*, p. 290.

⁹⁷ A lei não é clara sobre o que configura uma causa não imputável ao empreiteiro, esclarecendo somente que “no caso de prestações infungíveis a impossibilidade subjetiva exonera o devedor da responsabilidade pelo incumprimento” art. 791.º CC. Quando se trate de uma prestação fungível, apenas a impossibilidade objetiva exonera o devedor, GUEDES, A. C. (2015), *in ob. cit.*, p. 167. PROENÇA, J. C. B. (2011), ensina que “o devedor pode ver-se na impossibilidade de cumprir por circunstâncias total ou parcialmente estranhas à sua vontade e de natureza objetiva ou subjetiva” *in ob. cit.*, p. 163.

⁹⁸ “De entre as circunstâncias que impossibilitam o comportamento devido figuram (...) na formulação genérica do preceito do art. 790.º, 1 as situações de inviabilidade resultantes da força maior ou do caso fortuito. O teor não taxativo da norma (...) permite revelar tal forma de impossibilidade natural de cumprimento, ao lado de hipóteses em que o impedimento resulta de um acto dos poderes públicos (*factum principis*) ou de uma conduta humana actuada pelo devedor (a destruição de um bem num estado de hipnose configura uma conduta não imputável), pelo credor (cfr. os arts 795.º, 2, e 813.º) ou por terceiro (furtando, por ex., a coisa devida ou cometendo crime de cárcere privado na pessoa do devedor) que não seja auxiliar do próprio devedor.” PROENÇA, J. C. B. (2011) *in ob. cit.*, pp. 163 e 164.

⁹⁹ GUEDES, A. C. (1997) *in ob. cit.*, pp. 324 e ss. e Aut. (2015), *in ob. cit.*, p. 168.

¹⁰⁰ Nos casos em que agir “nos mesmos termos em que procederia um profissional médio, razoavelmente cuidadoso, atento e empenhado, naquelas circunstâncias concretas, não tendo sido negligente, não se abstendo das cautelas e zelo que o cidadão médio utilizaria, não omitindo o esforço que também não omitiria uma pessoa diligente, logrou o mesmo ilidir a presunção de culpa (...)” Ac. TRL, processo: 21462/12.9T8LSB.L1-2, de 07-06-2018, disp. em www.dgsi.pt.

A doutrina¹⁰¹ destaca a ideia de imprevisibilidade no conceito de caso fortuito, “não se pôde prever, mas seria evitável se tivesse sido previsto”¹⁰² e a ideia de inevitabilidade no conceito de força maior, “todo o acontecimento natural ou ação humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo, nem nas suas consequências”¹⁰³. A verdade é que em ambos os conceitos ressalta a ideia de um evento exterior, imprevisível e irresistível, dado que, incide sobre factos que estão fora do controlo do empreiteiro¹⁰⁴¹⁰⁵.

É importante ressaltar que a prova do caso fortuito ou de força maior implica que o empreiteiro demonstre que o evento não decorreu de uma ação ou omissão sua, que “agiu diligentemente no cumprimento dos deveres acessórios e laterais impostos pelo contrato e/ou pelo princípio da boa fé”¹⁰⁶¹⁰⁷.

À luz do exposto, dada a complexidade do ónus da prova, é aconselhável que sejam as partes, durante a negociação do contrato, a definir um conceito abstrato de força maior, acompanhado de uma enumeração exemplificativa de casos concretos, por ex., terremotos, inundações ou doenças inesperadas.

Estes eventos são comumente regulados através de cláusulas de força maior que preveem a suspensão temporária da obrigação de prestar e, por consequência, a exoneração da responsabilidade do empreiteiro (art. 792.º n.º 1 CC). Impõem, ainda, um

¹⁰¹ ANDRADE, M. A. D. (1958) *in ob. cit.*, p. 417, COSTA, Mário Júlio de Almeida (1984), *Direito das Obrigações*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora Limitada, p. 753, PROENÇA, J. C. B. (2011) *in ob. cit.*, p. 164.

¹⁰² COSTA, M. J. A. (1984), *in ob. cit.*, p. 753.

¹⁰³ COSTA, M. J. A. (1984) *in ob. cit.*, p. 735.

¹⁰⁴ Ac. TRC “Constitui “força maior” o evento que, em si mesmo e nas suas consequências, seja, de todo, imprevisível, insuperável, calamitoso ou manifestamente desproporcionado, o que não sucede quando se prova apenas que os meses de Fevereiro a Abril de 2012 foram severos em termos de intempéries”, processo: 330/13.1TBSCD.C1, de 10-05-2016 disp. em www.dgsi.pt.

¹⁰⁵ PERERA, Á. C. (2017), entende que um evento que, isoladamente, se possa considerar caso fortuito, por mais que seja irresistível, pode deixar de o ser, se a frequência com que tem ocorrido obrigue o devedor a aumentar a previsibilidade. O Aut. considera que o atentado terrorista contra as Torres Gêmeas foi um caso fortuito para muitos contratos, contudo, se o terrorismo persiste, cada vez será menor o número de devedores que se podem exonerar da prestação com atentados desta classe *in ob. cit.*, p. 950.

¹⁰⁶ É o que advém dos arts. 799.º n.º 2 CC e 762.º n.º 2 CC, GUEDES, A. C. (2015) *in ob. cit.*, p. 168.

¹⁰⁷ PROENÇA, J. C. B. (2011), “o devedor deverá ser plenamente responsabilizado não só quando provoca o pretense caso fortuito (...) mas também quando não adequa a sua conduta à previsibilidade do facto/evitabilidade do efeito” *in ob. cit.*, p. 166. Também neste sentido PERERA, Á. C. (2017) ensina que, nos casos em que se pudesse prever ou agir para minorar o impacto ou até reservar o bem jurídico do perigo, por mais irresistível que seja o evento (por ex. a guerra) o devedor não fica exonerado *in ob. cit.*, p. 949.

dever de aviso do empreiteiro ao dono da obra para que este acautele os seus interesses e fixam um dever de atenuar os efeitos do evento¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Em igual sentido, GUEDES, A. C. (2015). O Aut. esclarece que, por vezes, as partes estabelecem que o empreiteiro não pode reclamar do dono da obra quaisquer despesas e fixam “um período máximo durante o qual se manterá a suspensão do cumprimento”, decorrido este prazo sem que o evento esteja ultrapassado pode, qualquer uma das partes, desvincular-se do contrato *in ob. cit.*, p. 170.

4. Risco de impossibilidade da execução da obra

O risco, enquanto “perigo de um prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica”¹⁰⁹, pode advir da impossibilidade, não imputável a nenhuma das partes, de execução da obra. Por sua vez, esta impossibilidade pode proceder de atos do poder público, por ex., da invalidade de autorizações em detrimento da proteção ambiental, do planejamento urbanístico ou da revogação da licença de construção.

A solução legal para a distribuição deste risco contratual está prescrita no art. 1227.º CC que, na 1ª parte, prevê a aplicação do disposto no art. 790.º CC¹¹⁰ e, consequentemente, extingue o dever de prestar¹¹¹. Nas palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, a regra da 1ª parte do art. é a de que “as obrigações, quer do empreiteiro, quer do dono da obra, se extinguem”¹¹². Todavia, entendem que esta solução poderia conduzir a resultados injustos, particularmente para o empreiteiro, uma vez que, nas situações em o proprietário do terreno é o dono da obra e a impossibilidade se verifica quando já se tenham iniciado os trabalhos, este “locupletar-se-ia injustificadamente à custa do empreiteiro, ficando com os materiais consumidos até à verificação da impossibilidade, além de que recairiam sobre o empreiteiro todos os prejuízos resultantes do trabalho executado e das despesas realizadas”¹¹³.

Destarte, com a intenção de salvaguardar a posição do empreiteiro¹¹⁴, a 2ª parte do art. 1227.º CC prescreve que “tendo, porém, havido começo de execução, o dono da

¹⁰⁹ MACHADO, J. B. (1991), *in ob. cit.*, p. 275. MACHADO, M. N. P. (1988), corrige formalmente esta definição “substituindo [*sic*] a «perigo» a noção de probabilidade, para evitar que, em razão da tendencial sinonímia entre risco e perigo, se inclua o definido na própria definição” *in ob. cit.*, p. 132.

¹¹⁰ LEITÃO, L. M. T. M. (2016), considera que esta remissão não é fundamental “dada a aplicabilidade genérica e inquestionável do regime do art. 790º em sede de empreitada” *in ob. cit.*, vol. III, p. 552.

¹¹¹ Tal como estudamos em 2.1 da presente dissertação. Como refere *in* JUSTO, A. Santos (2017), “Impõe-se o brocardo *ad impossibilita nemo tenetur*” *in Manual de Contratos Civis - Vertentes Romana e Portuguesa - s.l. Petrony*, p. 509.

¹¹² Auts. (2010) *in ob. cit.*, p. 905.

¹¹³ LIMA, P. & VARELA, A., p. 905.

¹¹⁴ Como ensinam alguns Auts. o art. 1229.º 2ª parte CC, derroga a aplicação do art. 795.º n.º 1 CC. LEITÃO, L. M. T. M. (2016), diz-nos que é uma derrogação parcial, *in ob. cit.*, p. 552, AURELIANO, N. (2009), advoga que o art. 1227.º CC 2ª parte traduz “uma modelação do regime jurídico do n.º 1 do art. 795.º CC” *in ob. cit.*, p. 422. ALBUQUERQUE, P. & RAIMUNDO, M. A. (2013), entendem que o regime do art. 795.º n.º 1 CC é derogado porque, se não fosse, seria aplicável “dado a empreitada ser um contrato bilateral”. Entendem que, se fosse aplicado o art. 795.º n.º 1 CC o empreiteiro, nas situações em que já tivesse iniciado o trabalho, receberia do dono da obra um ressarcimento na medida do enriquecimento sem causa deste, ao passo que, através do art. 1227.º CC recebe, não apenas o enriquecimento sem causa do dono da obra mas também o trabalho prestado e as despesas realizadas, *in ob. cit.*, pp. 497 e 498.

obra é obrigado a indemnizar o empreiteiro do trabalho executado e das despesas realizadas”¹¹⁵¹¹⁶.

Numa primeira perceção, parece-nos que a medida de sacrifício não é distribuída equitativamente entre as partes contratuais. O art. não atende à utilidade que o dono da obra retira do trabalho já realizado, contudo, impõe que este pague o trabalho executado e as despesas realizadas. Por outro lado, se é verdade que o empreiteiro empregou o seu trabalho numa obra improdutiva, também é verdade que receberá a indemnização *supra* referida¹¹⁷.

Partilhamos da opinião de VAZ SERRA : “se a parte já executada da obra não tiver utilidade para o dono da obra e a impossibilidade se verificou na esfera do empreiteiro, parece inadmissível, ao menos em princípio, que aquele deva pagar o trabalho e as despesas feitas, que não tem utilidade para ele”¹¹⁸. Pode até acontecer que, além desta indemnização, o dono da obra tenha que pagar as despesas que surgem posteriormente com a destruição da parte da obra já executada, mas sem utilidade.

Esta solução também é incompreensível, tal como adverte AGOSTINHO GUEDES, quando o dono da obra não retira qualquer utilidade do trabalho realizado, nem adquire qualquer direito sobre o resultado do mesmo. Podemos estar perante tal cenário quando

¹¹⁵ Este art. “descende do artigo 1403.º, § único, do Código de Seabra. Dispunha: “[sic] Se o empreiteiro falecer, poderá o contrato ser rescindido; mas deverá o dono da obra indemnizar os herdeiros do dito empreiteiro, do trabalho e das despesas feitas. § único. Vigorará a mesma disposição, quando o empreiteiro não pôder ultimar a obra, por impedimento independente da sua vontade.” CORDEIRO, A. M. (2018), *in ob. cit.*, p. 980.

¹¹⁶ Pode surgir a questão de saber se as despesas a que este art. se refere correspondem às despesas que foram incorporadas e gastas com a execução da obra ou se, espelham as despesas realizadas em detrimento da obra mas ainda não incorporadas. ALBUQUERQUE, P. & RAIMUNDO, M. A. (2013), esclarecem que são ressarcíveis as despesas já «consumidas», “o verdadeiro critério é o da irreversibilidade da afetação da despesa”. Os Aut. defendem, porém, o ressarcimento do empreiteiro quando este compra determinados materiais com especiais características para a obra projetada, insuscetíveis de revenda sem prejuízo, mesmo que ainda não estejam incorporados na obra. Acrescentam que o empreiteiro deve “ser compensado da despesa com os materiais particular e concretamente específicos para a obra não efetuada, mesmo se a execução material ainda não tiver começado” *in ob. cit.*, pp. 499 e 500.

¹¹⁷ O art. 1672 do CCIt prescreve que em caso de impossibilidade de execução da obra, por causa não imputável a nenhuma das partes, o dono da obra deve pagar a parte da obra já executada, na medida em que esta lhe seja útil, em proporção do preço acordado para toda a obra, disp. em www.gazzettaufficiale.it e www.normattiva.it. O CCEs dispõe no art. 1595 que ocorrendo a morte do empreiteiro, escolhido em razão das suas qualidades pessoais, o proprietário deve pagar aos herdeiros do empreiteiro, a proporção do preço convencionado, o valor da parte da obra executada e dos materiais utilizados, sempre que, de estes materiais resulte algum benefício. O mesmo será entendido se aquele que contratou a obra não puder terminá-la por alguma causa independente da sua vontade, disp. em www.boe.es.

¹¹⁸ Aut. (1965), *ob. cit.*, p. 299, também neste sentido, GUEDES, A. C. (2015) *in ob. cit.*, p. 176. Nas palavras de PEREIRA, M. L. (2001), o art. 1227.º CC tem um âmbito de aplicação muito alargado uma vez que “concede ao empreiteiro uma indemnização pelas despesas e esforços efetuados mesmo quando a causa da impossibilidade de execução da obra seja relativa à parte da acção de prestar que lhe cabe executar” *in ob. cit.*, p. 281.

a construção é realizada em terreno propriedade do empreiteiro, “aqui o trabalho executado e os materiais eventualmente incorporados na obra reverterão para o empreiteiro”¹¹⁹. O Aut. defende que se justifica uma redução teleológica da norma em causa, solução com a qual concordamos plenamente.

Em contrapartida, surge a questão colocada por VAZ SERRA: “tendo o empreiteiro feito as despesas em consequência do contrato, será razoável que elas fiquem inteiramente a seu cargo, tanto mais que podem ser muito avultadas?”¹²⁰. A verdade é que não e, neste sentido, somos da opinião que a solução legal deve acolher as situações em que a impossibilidade se verificou na esfera do empreiteiro mas o dono da obra retira utilidade do trabalho executado¹²¹. Da mesma forma que, tendo em conta a partilha de risco, merecem enquadramento neste art. os casos em que a impossibilidade da prestação se verifica numa esfera neutra, alheia à esfera do dono da obra e à esfera do empreiteiro¹²². Nestas situações e como ensina MENEZES CORDEIRO “Tendo havido começo de execução, a segunda parte do artigo 1227.º, faz (implicitamente) uma distribuição do risco: (a) o empreiteiro é privado dos lucros; (b) o dono da obra suporta o trabalho realizado e as despesas”¹²³.

Contudo, não se compreende a inclusão no art. 1227.º CC 2ª parte dos casos em que a “impossibilidade se verifica na esfera de risco do empreiteiro, e o dono da obra não retira qualquer utilidade do trabalho executado (p. ex.: em virtude de uma alteração legislativa o empreiteiro deixou de ter alvará para a obra contratada)”¹²⁴, ou quando o dono da obra, além de não retirar qualquer benefício do trabalho executado, não fica investido em nenhum direito sobre o resultado do mesmo. Ainda que se entenda que a intenção do legislador não foi atribuir ao empreiteiro o preço da empreitada contratualmente gizado pelas partes, mas sim atribuir-lhe “uma compensação pelo

¹¹⁹ Aut. (2015) *in ob. cit.*, pp. 176 e ss..

¹²⁰ Aut. (1965) *in ob. cit.*, p. 293.

¹²¹ Aliás, concordamos com GUEDES, A. C. (2015), ao defender que estes casos deveriam ser tratados como casos de incumprimento parcial. “Se a obra parcialmente realizada tem utilidade para o dono da obra não poderá este invocar a falta de interesse no cumprimento parcial para resolver o contrato” *in ob. cit.*, p. 175.

¹²² O DCFR prevê, no caso de impossibilidade de execução da obra, a extinção do “dever de prestar do empreiteiro e do dever de prestar do dono da obra, e qualquer uma das partes deve restituir à outra o que tiver recebido em vista do cumprimento”. Ao contrário da nossa lei, o dono da obra não terá que pagar o trabalho executado e as despesas realizadas, GUEDES, A. C. (2015), *in ob. cit.*, p. 178.

¹²³ Aut. (2018), *in ob. cit.*, p. 982.

¹²⁴ GUEDES, A. C. (2015) *in ob. cit.*, p. 176.

trabalho executado e pelas despesas realizadas”¹²⁵, é inconcebível que o mesmo a receba nas situações referidas.

Da mesma forma que esta compensação não se afigura suficiente quando a impossibilidade se verifica na esfera do dono da obra, por ex., “o dono da obra não pode, por caso de força maior, pôr o local à disposição do empreiteiro ou fornecer a matéria”¹²⁶. Nestas situações, e uma vez que a obra foi realizada tendo em conta o interesse do dono da obra, defendemos a aplicação do art. 793.º n.º 1 CC que atribui ao empreiteiro uma remuneração parcial da empreitada.

O art. 793.º CC consagra o regime da impossibilidade parcial e nas palavras de MENEZES LEITÃO implica que “o empreiteiro mantenha o direito a uma remuneração parcial da empreitada e não apenas direito à compensação pelo trabalho executado e pelas despesas realizadas”¹²⁷. Quer isto dizer que o empreiteiro se exonera mediante a prestação do que for possível, devendo ser reduzida proporcionalmente a contraprestação do dono da obra¹²⁸.

Todavia, nos casos em que haja efetivamente uma impossibilidade parcial da obra, o regime é aplicado tendo em conta o interesse do credor, tal como impõe o n.º 2 do art. 793.º CC¹²⁹¹³⁰.

¹²⁵ LEITÃO, L. M. T. M. (2016), *in ob. cit.*, vol. III, p. 552, AURELIANO, N. (2009), “irá beneficiar de uma compensação patrimonial substitutiva” *in ob. cit.*, p. 422. Para PEREIRA, M. L. (2001), esta indemnização tem um valor de uma “contraprestação parcial (a menos se se entender, como parece mais correto, que o «trabalho executado» e as «despesas realizadas» devem ser compensados em atenção ao valor com que foram computados no preço convencionado)” *in ob. cit.*, n.738, p. 282.

¹²⁶ SERRA, A. P. S. V. (1965), *in ob. cit.*, p. 293.

¹²⁷ Aut.(2016) *in ob. cit.*, vol. III, p. 552. Em igual sentido, MARTINEZ, P. R. (2000), *in ob. cit.*, p. 417 e GUEDES, A. C. (2015), *in ob. cit.*, p. 174.

¹²⁸ SERRA, A. P. S. V. (1955) diz-nos que “Se a impossibilidade total libera inteiramente o devedor, a impossibilidade parcial deve liberá-lo parcialmente ...”. Entende ainda que “a impossibilidade *parcial* dá-se igualmente quando a prestação só pode fazer-se prestando uma qualidade inferior ” *ob. cit.*, pp. 112 e ss.. OLIVEIRA, N. P. (2011), considera que o art. 793.º n.º 2 CC, tal como o art. 802.º CC, devem aplicar-se diretamente aos casos de “*inexactidão quantitativa* da prestação realizada e, *direta ou indiretamente* – através de uma interpretação extensiva ou de uma extensão teleológica – *aos casos de inexactidão qualitativa*” *in ob. cit.*, p. 496. PIRES, C. M. (2018), esclarece que num contrato de empreitada “perante uma «impossibilidade parcial qualitativa»” não podem deixar de ser aplicados os arts. 913.º e ss. e 1218.º e ss. do CC “*primeiro*, porque no cumprimento defeituoso se presume que o credor não tem interesse na prestação defeituosa; *segundo* porque no cumprimento defeituoso entre a aceitação “parcial” da prestação (...) e a resolução medeia um passo importante, correspondente ao *cumprimento posterior*, através da eliminação do defeito ou da substituição do bem” *in ob. cit.*, pp. 304 e 305.

¹²⁹ PIRES, C. M. (2018), *in ob. cit.*, pp. 289 e 290.

¹³⁰ LIMA, P. & VARELA A. (2010) “O critério pelo qual se avalia o desinteresse do credor no cumprimento parcial da obrigação é de natureza mista – de fundo *subjetivo* mas temperado por um crivo (*justificadamente*) de carácter *objetivo*” *in ob. cit.*, p. 46. PIRES, C. M. (2018), diz-nos que “do mesmo modo que a prestação deve corresponder a um interesse do credor digno de proteção legal (cf. artigo 398.º, n.º 2) também o credor não pode invocar um motivo fútil ou supérfluo para liquidar a relação obrigacional, a pretexto de um perda de interesse”. A Autora fala-nos de casos da jurisprudência alemã

Havendo interesse do credor, a contraprestação é determinada “tendo em conta o trabalho realizado, os materiais fornecidos pelo empreiteiro e o lucro deste proporcionalmente reduzido”¹³¹. Como ensina AGOSTINHO GUEDES, entrariamos numa contradição valorativa entre o art. 793.º n.º 1 CC e 1227.º CC, 2ª parte, se não admitíssemos que o valor do trabalho executado e dos materiais incorporados na obra representam um limite mínimo do preço devido pelo dono da obra¹³².

Concluimos, portanto, que o art. 793.º CC é aplicado quando haja cumprimento parcial da obra e o dono da obra tenha interesse no cumprimento parcial. Acrescentamos ainda, na nossa opinião, a aplicação do art. 793.º n.º 1 CC às situações em que a impossibilidade se verifique na esfera do dono da obra.

Por sua vez, o art. 1227.º CC, 2ª parte, devia acolher as situações em que o dono da obra retira utilidade do trabalho executado, mesmo que a impossibilidade se tenha verificado na esfera do empreiteiro, e as situações em que a impossibilidade se verifique numa esfera neutra, alheia à esfera do empreiteiro e do dono da obra.

que “revelam a importância do interesse do credor na decisão do destino da «restante prestação»”. De entre os quais a “decisão do OGHBrZ de 19 de setembro de 1949, [em que se considerou] num caso em que certa empreitada foi inviabilizada pela Segunda Guerra Mundial, que existiria impossibilidade total, e não meramente parcial, em relação aos serviços do arquitecto, Autor da ação, dado que a prestação restante possível não tinha qualquer valor nem interesse para o credor, Réu da ação (...) que contratara serviços em relação à construção de seis casas” *in ob. cit.*, pp. 291 e ss..

¹³¹ MARTINEZ, P. R. (2000), *ob. cit.* p. 417. Não havendo interesse o dono da obra pode resolver o contrato. Tal como esclarece GUEDES, A. C. (2015), “De acordo com o art. 434.º CC, a resolução tem, em regra, efeito retroativo, devendo as partes restituir tudo o que tiver sido prestado (art. 289.º n.º 1 CC, *ex vi* art. 433.º CC)” tal pode conduzir, no limite, a que o empreiteiro tenha que colocar o terreno na sua condição inicial. Todavia, preserva o direito à indemnização da 2ª parte do art. 1227.º CC, *in ob. cit.*, p. 178.

¹³² Aut. (2015) *in ob. cit.*, p. 177.

Conclusões

A distribuição do risco contratual nas empreitadas de bens imóveis e a procura pela melhor solução a adotar forçaram-nos a trilhar caminhos íngremes, prevenir inexatidões e equacionar soluções.

A partilha de danos decorrente do risco da maior dificuldade ou onerosidade na execução da obra, impôs que efetuássemos uma divisão entre o risco da obra se tornar mais difícil e/ou onerosa alterando o modo de execução da mesma e o risco da obra se tornar mais difícil e/ou onerosa sem alterar o modo de execução da mesma. No que respeita ao primeiro grupo de casos, entendemos, nomeadamente quando o evento que gerou a impossibilidade obriga a alterações necessárias para a execução da obra sem vícios, designadamente em virtude de regras técnicas, que o risco está legalmente consagrado no art. 1215.º CC. Relativamente ao segundo grupo de casos, uma vez que o cumprimento é possível, ainda que requeira mais sacrifícios, advogamos que não está fundamentada a exclusão do dever de prestar, exceto nos casos em que a boa-fé o impunha ou, verificados os pressupostos, o empreiteiro recorra ao instituto da alteração das circunstâncias.

A distribuição do risco de perda ou deterioração da obra, segue a regra *res suo domino perit*, ainda que os materiais sejam exclusivamente fornecidos pela outra parte contratual. Tal implica que, caso o proprietário seja o dono da obra é responsável pelo pagamento dos trabalhos e dos materiais necessários podendo, a qualquer momento, desistir da empreitada. Nos casos em que o proprietário do terreno seja o empreiteiro, apesar de não responder pelo eventual atraso na execução da obra, terá que realizar os trabalhos necessários para reparar/reconstruir. O risco contratual pode, contudo, inverter nos casos em que o dono da obra esteja em mora quanto à verificação ou aceitação, ou nas situações em que o terreno seja propriedade do dono da obra e o empreiteiro incorra em mora. Em relação aos materiais é o proprietário quem suporta o risco de perda ou deterioração e a transferência deste risco ocorre com a incorporação.

No que respeita ao risco da obra se tornar impossível temporariamente por razões não imputáveis a nenhuma das partes, o empreiteiro não responde pelo atraso na execução dos trabalhos. Todavia, pode o dono da obra perder o interesse e desvincular-se do contrato. Não perdendo o interesse, cada um dos contraentes suporta os seus dispêndios, contudo, nos casos em que tal impossibilidade implique maior dificuldade

ou onerosidade, e por conseguinte, exija alterações necessárias, o empreiteiro pode recorrer ao art. 1215.º CC. De entre as causas que podem estar na origem desta impossibilidade temporária não imputável a nenhuma das partes, destacamos o caso fortuito ou de força maior. Um evento exterior, imprevisível e irresistível.

Por último, na eventualidade das partes se depararem com uma impossibilidade de cumprimento, por causa não imputável a nenhum dos contraentes, extingue-se o dever de prestar e é concedida ao empreiteiro uma indemnização pelo trabalho executado e despesas realizadas. Apesar de estarmos na presença de um risco que devia ser distribuído equitativamente entre as partes contratuais, é o dono da obra quem tem que suportar esta indemnização, ainda que, a impossibilidade se verifique na esfera de risco do empreiteiro e o dono da obra não retire qualquer utilidade do trabalho já executado, ou, além de não retirar qualquer utilidade, não fique investido em nenhum direito sobre o resultado do trabalho. Nestas situações, a solução não nos parece equitativa, da mesma forma que, nos casos em que a impossibilidade se verifique na esfera do dono da obra, tal indemnização não se afigura justa. Aqui, entendemos que o empreiteiro deverá receber uma remuneração parcial da empreitada, tal como receberia por força do art. 793.º n.º 1 CC. Havendo impossibilidade parcial e interesse do dono da obra, o empreiteiro exonera-se com a prestação do que for possível, devendo ser reduzida proporcionalmente a contraprestação do dono da obra. Esta contraprestação deverá ter como limite mínimo o trabalho executado e as despesas realizadas.

Percorrido todo o trajeto, perdura a opinião de que se trata de um tema bastante obscuro em direito privado mas a forma aliciante com que o encaramos transportou-nos para a luz.

Bibliografia

ABRANTES, José João - «*Contrato de empreitada e excepção de não cumprimento do contrato*»: Cadernos de Direito Privado N.º 18, Coimbra, 2007.

ALBUQUERQUE, Pedro de & RAIMUNDO, Miguel Assis, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial* - 2ª Edição, Volume II, Coimbra: Almedina, 2013.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II - Conteúdo. Contratos de Troca*.- 4ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral das Obrigações*, Volume 1, Coimbra: Almedina, 1958.

AURELIANO, Nuno, *O Risco nos Contratos de Alienação - Contributo para o Estudo do Direito Privado Português* – Coimbra: Almedina, 2009.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil XII - Contratos em Especial*, (2ª parte), *Parceria, Pecuária, Comodato, Mútuo, Prestação de serviço, Mandato, Depósito, Empreitada, Rendas, Jogo e Apostas e Transação* - Coimbra: Almedina, 2018.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 4ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2009.

FONSECA, Ana Taveira da, «*A recusa de cumprimento da obrigação por dificuldade do devedor*»: Edição Comemorativa do Cinquentenário Código Civil (pp. 423 a 446), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

GONÇALVES, Luís Da Cunha, *Dos Contratos Em Especial*, Colecção Jurídica Portuguesa, Lisboa: Edições Ática, 1953.

GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo, *Código Civil Anotado - Contratos em Especial* - Volume III, Lisboa: Quid Juris, 2014.

GUEDES, Agostinho Cardoso, «*A Responsabilidade do Construtor no Contrato de Empreitada*»: Contratos: Actualidade e Evolução, (pp. 315 a 330), Porto: Universidade Católica, 1997.

GUEDES, Agostinho Cardoso, «*A Partilha de Risco nos Contratos de Construção de Imóveis no Código Civil e no DCFR*»: Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR (pp. 161 a 186), Porto: Universidade Católica Editora, 2015.

JÚNIOR, Eduardo Santos, «*Da 'impossibilidade pessoal' de cumprir. Breve confronto do novo Direito alemão com o Direito Português*»: O Direito 142º, III, (pp.423 a 434), Coimbra, 2010.

JUSTO, A. Santos, *Manual de Contratos Civis* - Vertentes Romana e Portuguesa - s.l. Petrony, 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações - Transmissão e Extinção das Obrigações; Não Cumprimento e Garantias de Crédito* - 10ª Edição, Volume II, Coimbra: Almedina, 2016.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição, Volume III. Coimbra: Almedina, 2016.

LIMA, Pires de & VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, 4ª Edição, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MACHADO, João Baptista, «*Risco Contratual e Mora do credor*», Obra dispersa (pp. 257 a 343), Volume I, Braga: Scientia Iuridica, 1991.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa, - «*Sobre Cláusulas Contratuais Gerais e Conceito de Risco*»: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XXIX, (pp. 76 a 153), Lisboa, 1988.

MARIANO, João Cura, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações - (Parte Especial) Contratos, Compra e Venda, Locação, Empreitada* – Coimbra: Almedina, 2000.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PERERA, Ángel Carrasco, *Derecho de Contratos*, Segunda Edición, Cizur Menor: Aranzadi, 2017

PEREIRA, Maria de Lurdes, *Conceito da Prestação e Destino da Contraprestação*, Coimbra: Almedina, 2001.

PIRES, Catarina Monteiro, *Impossibilidade da Prestação*, Coimbra: Almedina, 2018.

PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

QUINTAS, Paula, *Manual Prático de Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 2017.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Direito das Obrigações - (com excepção dos contratos em especial) Anteprojeto* - Separata do «Boletim do Ministério da Justiça», Lisboa: Ministério da Justiça, 1960.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Empreitada*, Separata do “Boletim do Ministério da Justiça” n.º 145 e 146, Lisboa: s.n., 1965.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Impossibilidade Superveniente, Desaparecimento Do Interesse do Credor, Casos de não cumprimento da obrigação*, Separata do «Boletim do Ministério da Justiça» N.º 46, 47 e 48, Lisboa: s.n., 1955.

SOUSA, Gabriela Mesquita, «*Impossibilidade de cumprimento da obrigação: as alterações do regime alemão e as normas do Código Civil Português*»: Estudos Sobre Incumprimento Do Contrato (pp. 105 a 123), Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual de Direito das Obrigações*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1965.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, 7ª Edição, Volume II, Coimbra: Almedina, 2014.

VILALONGA, José Manuel, - «*Compra e Venda e Empreitada: Contributo para a distinção entre os dois contratos*»: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57, (pp. 183 a 228), Lisboa, 1997.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo: 104/2002.L1.S1, de 08-05-2012, relatado por GABRIEL CATARINO, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo: 330/13.1TBSCD.C1, de 10-05-2016, relatado por CARLOS MOREIRA, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo: 411/14.4TBCNT-A.C1, de 07-02-2017, relatado por MOREIRA DO CARMO, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo: 127/06.5TBAMR.G1, de 01-10-2009, relatado por ANTÓNIO SOBRINHO, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo: 385/14.1T8GMR.G1, de 27-04-2017, relatado por ANTÓNIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo: 21462/12.9T8LSB.L1-2, de 07-06-2018, relatado por MARIA JOSÉ MOURO, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo: 98880/17.5YIPRT.L1-6, de 14-02-2019, relatado por GABRIELA MARQUES, disponível em www.dgsi.pt;